

**Die sogenannten Umarbeitungsgeschäfte
der Bunt- und Edelmetallindustrie
in zivilrechtlicher Sicht**

Hans-Rudolf Ebel

1965

Die sogenannten Umarbeitungsgeschäfte der Bunt- und Edelmetallindustrie in zivilrechtlicher Sicht

Ein Beitrag zu dem Recht des Werkvertrags, der rechtsgeschäftlichen
Treuhand und dem Bestimmtheitsgrundsatz im Sachenrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

HANS-RUDOLF EBEL

Gerichtsreferendar aus Berlin

1965

Erstgutachter: Professor Dr. Heinrich Kronstein
Zweitgutachter: Professor Dr. Hans-Jürgen Abraham

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Januar 1965





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Gesamtherstellung: Druckerei Hugo Haßmüller, Frankfurt am Main

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
A. Einführung	9
I. Vorbemerkung	9
II. Begriff der Umarbeitungsgeschäfte und ihre wirtschaftliche Bedeutung	10
III. Rechtliche Problematik	13
IV. Ausgangspunkt für die zivilrechtliche Untersuchung	14
B. Frage der Übereignung des Materials im Zeitpunkt der Einlieferung beim Unternehmer	16
I. Fehlen einer ausdrücklichen Übereignungserklärung des Kunden	16
II. Frage der stillschweigenden Übereignung	17
a) Verzicht auf die Wahrung der Materialidentität	18
b) Gegenstand des wirtschaftlichen Leistungsaustausches (Fehlende Absicht einer Vermögensverschiebung)	20
C. Schuldrechtliche Einordnung der Umarbeitungsgeschäfte	23
I. Reiner Werkvertrag	23
II. Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch (Schulbeispiel der locatio conductio irregularis)	25
a) Goldschmiedfall	25
b) Lösung des Goldschmiedfalls	28
III. Kaufvertrag über das eingelieferte Material und regelmäßiger Werklieferungsvertrag über das Erzeugnis	30
a) Abgrenzung von Doppelkauf und Tausch	30
b) Frage der Bewertung der beiderseitigen Sachleistungen in Geld	31

1. Führung von Gewichtskonten.....	31
2. Absatzgeschäfte („Zukäufe auf Gewichtskonto“).	31
3. Einkaufskommissionen („Vollpreisgeschäfte“)	32
c) Saldierung der Gewichtsforderungen aus Umarbeitungsge- schäften, „Zukäufen auf Gewichtskonto“ und „Vollpreis- geschäften“ auf den Gewichtskonten	33
d) Spezifikationsrecht des Kunden nach § 375 HGB analog..	33
IV. Werklieferungsvertrag mit Sachvergütung (unregelmäßiger Werklieferungsvertrag)	34
V. Kombination von Werk- und unregelmäßigem Werklieferungs- vertrag	35
VI. Kombination von Werkvertrag und Gemeinschaft nach Bruch- teilen	42
VII. Exkurs zur Frage der Verteilung der Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung des einge- lieferten Materials	45
D. Dingliche Rechtslage	48
I. Miteigentum kraft Vermischung (§§ 947, 948 BGB).....	48
a) Lagerung und Vorbehandlung der Materialposten bei einer Scheideanstalt	48
b) Erste Verarbeitungsstufe (Mischtrommel)	49
c) Zweite Verarbeitungsstufe (Brikettierung)	50
d) Dritte Verarbeitungsstufe (Schachtofen)	51
1. Rechnerische Unbestimmbarkeit der Miteigentumsanteile	51
2. Rechtliche Folgen der Unbestimmbarkeit	53
e) Untergang der Miteigentumsanteile durch Verfügungen des Unternehmers (Abbau der Miteigentumsanteile)	59
II. Treuhandeigentum	63
a) Fiduziarisches Treuhandverhältnis	64
1. Unmittelbarkeitsprinzip	65
aa) Das Unmittelbarkeitsprinzip als Hindernis für die Annahme von Treuhandeigentum im vorliegenden Fall	65

bb) Die Argumente für und wider das Unmittelbarkeitsprinzip	67
cc) Verzicht auf das Unmittelbarkeitsprinzip und Forderung nach Publizität der mittelbaren Treuhandbegründung	69
2. Grundsatz der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Treuguts	72
b) Deutschrechtliches Treuhandverhältnis	72
c) Treuhandverhältnis auf der Grundlage einer Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB	73
III. Bestimmtheitsgrundsatz im Sachenrecht	73
a) Abstraktes Eigentum nach der Idee der Lehre von der Geldwertvindikation	73
b) Dingliche Surrogation	76
E. Ergebnis der bisherigen Untersuchungen	77
F. Eigene Lösung	79
I. Vereinbarung von Miteigentum in Form der Sammelverwahrung	80
a) Sammelbestand	82
b) Bestimmtheit der Übereignung	83
II. Verteilung der Gefahr eines zufälligen Verlustes am Sammelbestand	87
G. Steuerrechtliche Problematik	90
I. Umsatzsteuer	90
II. Einkommensteuer	94

A. Einführung

I. Vorbemerkung

Seit der Antike¹⁾ beschäftigt die Rechtswissenschaft ein Fall, dessen befriedigende Lösung bis heute nicht gelungen ist: Jemand bestellt bei einem Goldschmied eine Kette und liefert das Gold hierzu, gestattet aber dem Goldschmied gleichzeitig, anstelle des gelieferten Goldes anderes zu verwenden. Dieser Fall sieht zunächst so unscheinbar aus und hat im Zeitalter industrieller Massenproduktion so wenig praktische Bedeutung, daß es verwunderlich erscheinen mag, ihn einer Dissertation über Rechtsprobleme der modernen Industrie voranzustellen. Doch enthält er im Kern alle die Fragen, die in einem bestimmten Bereich industrieller Tätigkeit, nämlich dem Bereich der industriellen Lohnfertigung, auch heute auftauchen und eine Rolle spielen.

Es ist keinesfalls so, daß die Lohnfertigung nur auf handwerkliche Produktionsmethoden beschränkt und mit deren Zurückgehen als Rechtsproblem verschwunden wäre. Sie findet sich vielmehr in den mannigfachsten Formen gerade auch in der Industrie²⁾. Dem Unternehmer wird hier häufig gestattet, anstelle des eingelieferten Materials anderes zu verwenden, weil damit die technische Durchführung der Materialbearbeitung erleichtert wird. Das prägnanteste und wirtschaftlich eindrucksvollste Beispiel sind die sogenannten Umarbeitungsgeschäfte der Bunt- und Edelmetallindustrie³⁾. Sie sind der praktische Hintergrund der vorliegenden Arbeit.

Der Goldschmiedfall und die Umarbeitungsgeschäfte in der NE-Metallindustrie lassen sich nur schwer in die Systematik unseres Schuldrechts einordnen. Sie rühren an die alte Streitfrage, ob die Rechtswissenschaft imstande ist, mit den vorhandenen Vertragstypen des Schuldrechts alle denkbaren Fallgestaltungen, die das Leben hervorbringt, zu erfassen oder ob sie in Fällen wie dem vorliegenden zur Annahme von Verträgen eigener Art gezwungen ist.

Die Behandlung der sachenrechtlichen Probleme wird an die Grenzen der Leistungsfähigkeit unserer Eigentumsordnung führen und insbeson-

¹⁾ I 31 D loc 19,2.

²⁾ Paul NJW 1963, 2249 ff.

³⁾ Zum Begriff der Umarbeitungsgeschäfte vgl. BFH Gutachten BStBl. 1961 III, 31 ff; Hoffmann DStZ 1962, 106 f und A II der Arbeit.

dere zeigen, daß die Regeln über die Vermischung (§§ 947, 948 BGB) für eine Lösung der Fragen, die bei industriellen Fertigungsmethoden auftreten, nicht ausreichen⁴⁾. Zu untersuchen ist, ob die Annahme eines Treuhandverhältnisses zwischen Unternehmer und Kunden oder die Lehre von der Geldwertvindikation einen Ausweg bieten. Die vorliegende Arbeit mündet also in hochaktuelle sachenrechtliche Probleme, die mit der Tatsache in Zusammenhang stehen, daß unser gesamtes Sachenrecht in Bewegung geraten ist. Diese Bewegung zeigt sich in allen Bereichen. Erinnert sei nur an den Fragenkreis der dinglichen Anwartschaften⁵⁾, an die gewohnheitsrechtliche Anerkennung des Sicherungseigentums⁶⁾, an die gesetzliche Regelung der Wertpapiersammelverwahrung, an die Diskussion um das Eigentum am Unternehmen⁷⁾ und an die neuerlich wieder aufgelebte Auseinandersetzung um den Begriff des Treuhandeigentums⁸⁾. In theoretischer Hinsicht wird mit der vorliegenden Arbeit von der Ebene der Rechtstatsachen aus⁹⁾ ein Beitrag zu Fragen der rechtsgeschäftlichen Treuhand, der Geldwertvindikation, der Verwertbarkeit der Regeln der Wertpapiersammelverwahrung für industrielle Produktionsmethoden und zu dem Problem des Bestimmtheitsgrundsatzes im Sachenrecht angestrebt.

II. Begriff der Umarbeitungsgeschäfte und ihre wirtschaftliche Bedeutung

Statt einer Definition der Umarbeitungsgeschäfte soll ein Beispiel gegeben werden: Eine Maschinenfabrik, welche Kupferbleche benötigt, sie aber nicht fertig kaufen oder selbst herstellen will, liefert das erforderliche Material einem Walzwerk zur Bearbeitung. Das Walzwerk nimmt die Verarbeitung vor, erhält dafür einen Umarbeitungslohn, die sogenannten Form- oder Façonkosten, und liefert die fertigen Bleche oder Bleche der gleichen Art an die Maschinenfabrik zurück.

Die Umarbeitungsgeschäfte sind daher von Geschäften, die dem bloßen Absatz von Waren dienen, zu unterscheiden. Bei „Absatzgeschäften“ wird kein Material gestellt; der Unternehmer (das Walzwerk) bearbeitet eigenes Material, verkauft das Erzeugnis an den Kunden (die Maschinenfabrik) und erhält den vollen Gegenwert des Erzeugnisses in Geld.

⁴⁾ vgl. auch Paul „Diskontierungsgeschäfte“ S. 98 ff.

⁵⁾ Raiser S. 1 ff.

⁶⁾ Boehmer II 2, S. 141 ff.

⁷⁾ Kronstein in „Ehe und Familie“ 1959, 171 ff; J. v. Gierke § 14.

⁸⁾ Assfalg „Treuhand im Konkurs“ S. 1 ff; Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962, 41 ff; Schuler JuS 1962, 52; Hoche in Palandt (22. Aufl.), Einf. 7 E vor § 929 BGB.

⁹⁾ für diesen Weg Nussbaum „Rechtstatsachenforschung“ S. 1 ff; Kronstein in „Ehe und Familie“ 1959, 171 ff.

Bei den Umarbeitungsgeschäften dagegen bekommt der Unternehmer nur den Umarbeitungslohn. Dieser Lohn kann in Geld oder in einer Naturalleistung bestehen. Eine Naturalleistung liegt z. B. vor, wenn vereinbart wird, daß der Unternehmer einen Teil des eingelieferten Materials als Entgelt für die Umarbeitung behalten darf.

Um einen Begriff von der wirtschaftlichen Bedeutung der Umarbeitungsgeschäfte zu geben, soll ein kurzer Blick auf ihre Verbreitung in der modernen Industrie und auf ihre wirtschaftlichen Hintergründe geworfen werden. Umarbeitungsgeschäfte kommen bei der Herstellung von Bunt- und Edelmetallhalbzeugen, bei der Fabrikation von Kabeln ¹⁰⁾, Schmuckwaren ¹¹⁾, Bleirohren ¹²⁾, Schiffsschrauben aus Bronze ¹³⁾, bei der Raffination von Edelmetallen ¹⁴⁾ und anderen Produktionsprozessen vor. Sie sind gegeben, wenn der Kunde das für die Herstellung der Produkte benötigte Material ganz oder teilweise stellt.

Eine Lohnveredelung, die mit der Möglichkeit des Materialaustausches verbunden ist, findet sich nicht nur in der Bunt- und Edelmetallindustrie, sondern auch in der eisenverarbeitenden, in der chemischen, in der Textil- und Nahrungsmittelindustrie, so z. B. bei der Herstellung von Angorawolle durch Spinnereien ¹⁵⁾, bei der Verflockung von Kartoffeln ¹⁶⁾ und der sogenannten Umtauschmüllerei ¹⁷⁾. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich jedoch auf die Umarbeitungsgeschäfte aus dem Bereich der Bunt- und Edelmetallindustrie, weil hier die mit der Möglichkeit eines Materialaustausches verbundene Lohnverarbeitung ihre eigentliche wirtschaftliche Bedeutung erlangt hat. Ob sich die gefundenen Ergebnisse auch auf andere Lohnfertigungsprozesse übertragen lassen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Es wird insbesondere darauf ankommen, ob eine ähnlich hohe Austauschbarkeit des Materials wie bei Bunt- und Edelmetallen gegeben ist, ob Gewichtskonten, die eine Besonderheit der Abwicklung von Umarbeitungsgeschäften in der NE-Metallindustrie darstellen, geführt werden und ob der Wert des Materials mit dem der Bunt- und Edelmetalle vergleichbar ist.

Fraglich ist, welches der eigentliche wirtschaftliche Grund dafür ist, daß in einer hochentwickelten industriellen Wirtschaft, die größtenteils nicht im Verfahren der Lohnfertigung, sondern für den Absatz am Markt produziert, noch Material vom Kunden gestellt wird. Nach dem zweiten Weltkrieg hatte die weite Verbreitung der Umarbeitungsgeschäfte ihren

¹⁰⁾ Herting BB 1961, 784 ff; BFH BStBl. 1953 III, 347 f.

¹¹⁾ BFH BStBl. 1952 III, 97 f.

¹²⁾ BFH BStBl. 1957 III, 83.

¹³⁾ Herting BB 1961, 784 ff.

¹⁴⁾ Degussa Edelmetalle S. 1 ff.

¹⁵⁾ Herting BB 1961, 784 ff.

¹⁶⁾ OLG Rostock in OLG-Rspr. 36, 7.

¹⁷⁾ RFH AS 15, 282.

Grund in der allgemeinen Materialknappheit. Vielfach konnte der Unternehmer das gewünschte Produkt erst herstellen, wenn der Kunde das erforderliche Material lieferte.

Heute hat die Materialgestellung andere Gründe. Die Lohnfertigung ist eine sehr moderne Form industrieller Arbeitsteilung. Der Kunde braucht für Arbeitsprozesse, die selten bei ihm vorkommen, keine eigenen Produktionsanlagen einzurichten. Er gibt die Aufträge an ein fremdes Unternehmen, das sich auf die Vornahme der betreffenden Verarbeitungsvorgänge spezialisiert hat. Wenn z. B. in einem Betrieb edelmetallhaltige Abfälle anfallen, die der Betrieb nicht selbst verwerten will, so kann er sie an eine Scheideanstalt zur Aufbereitung geben. Die Scheideanstalt bereitet die Abfälle auf und liefert die gewonnenen Edelmetalle an den Betrieb zurück.

Natürlich liegt eine Arbeitsteilung auch dann vor, wenn ein Gewerbetreibender seine Abfälle an einen Schrotthändler verkauft und die benötigten Halb- oder Fertigerzeugnisse von Zulieferanten bezieht. Doch hat ein solches Verfahren gegenüber dem Verfahren der Lohnveredelung umsatzsteuerrechtliche Nachteile. Der Verkauf der Abfälle ist umsatzsteuerpflichtig und das Produkt des Zulieferanten wird in voller Höhe, also einschließlich der Materialkosten, mit Umsatzsteuer belastet. Wenn der Kunde dagegen dem Zulieferanten das Material stellt, so ist nur der Umarbeitungslohn umsatzsteuerpflichtig.

Es kommt auch vor, daß sich der Kunde das Material für die Vergabe des Umarbeitungsauftrags erst anderweitig beschafft. Dies wäre in dem Beispiel der Maschinenfabrik, die Kupferbleche benötigt, denkbar. Der Beweggrund für die Materialgestellung kann in einem solchen Fall darin liegen, daß die Maschinenfabrik eine günstige Einkaufsmöglichkeit für Metalle entdeckt hat oder die gerade bestehende Preissituation am Metallmarkt ausnützen will.

Die Lieferung des Materials bringt aber nicht nur dem Kunden, sondern auch dem Unternehmer Vorteile. Will z. B. ein Buntmetallwalzwerk 1000 kg Kupferblech herstellen, so müßte es sich, wenn das Material nicht vom Kunden gestellt wird, die 1000 kg Kupfer zunächst am Markt beschaffen. Das ist nicht zuletzt eine Frage der Liquidität und der Kapitalausstattung des Unternehmens. Aber auch bei genügender Kapitalausstattung hat der Unternehmer durch die Materialgestellung den Vorteil, daß er beträchtliche Zins- und Investitionskosten spart. Dies fällt gerade bei hochwertigem Material wie Bunt- und Edelmetallen ins Gewicht.

Ein weiterer Vorteil besteht für den Unternehmer darin, daß das Risiko von Schwankungen des Materialpreises während der Zeit zwischen Auftragserteilung und Auslieferung beim Kunden liegt.

III. Rechtliche Problematik

Die rechtliche Struktur der Umarbeitungsgeschäfte scheint auf den ersten Blick keine besonderen Probleme aufzuwerfen. Man wird geneigt sein, die Figur des Werkvertrags (§ 631 BGB) heranzuziehen. Dies ist auch möglich, wenn die Identität des eingelieferten Materials bei der Abwicklung des Geschäfts gewahrt wird. In diesem Fall bleibt der Kunde Eigentümer des eingelieferten Materials. Es liegt ein einfacher Werkvertrag vor.

Die Umarbeitungsgeschäfte werden aber häufig so durchgeführt, daß der Unternehmer das Material, welches ein Kunde einliefert, aus Gründen rationeller Lagerhaltung mit dem Material anderer Kunden und mit eigenen Beständen zusammenwirft¹⁸⁾. Aus dem entstehenden Lagerbestand entnimmt der Unternehmer die Mengen, die er für die laufende Produktion benötigt. Im Fortgang der Produktion stellt er die einzelnen Durchlaufmengen für jede Bearbeitungsstufe erneut zusammen. Infolgedessen vermischt sich der Posten eines jeden Kunden im Laufe der Verarbeitung auf jeder Stufe mit immer weiteren Mengen anderer Kunden und gelangt schließlich in einen großen Teil aller beim Unternehmer vorhandenen Bestände eines bestimmten Metalls.

Bei industrieller Lohnfertigung, wie ich eine derartige Abwicklung im Gegensatz zu handwerklicher Einzelbearbeitung nennen möchte¹⁹⁾, geht also die Identität des zur Umarbeitung gegebenen Materials oft kurz nach der Einlieferung verloren. Da der Kunde dann im fertigen Erzeugnis nicht dasselbe Material zurückerhält, welches er eingeliefert hatte, ist mit der Vermischung auch regelmäßig ein zumindest teilweise körperlicher Austausch des Materials verbunden.

Daß der Verlust der Materialidentität ganz erhebliche Probleme aufwirft, hat man bislang nur im Steuerrecht erkannt. Wenn nämlich körperlich anderes Material zurückgeliefert wird, so können zwei Leistungen vorliegen, die in voller Höhe — also einschließlich des Materialwerts — umsatzsteuerpflichtig sind. Dieses wirtschaftlich untragbare Ergebnis wird, wenn der Kunde das gesamte erforderliche Material stellt, durch § 8 UStDB verhindert. Wenn der Kunde nicht das gesamte, sondern nur einen Teil des erforderlichen Materials stellt (sogenannte Materialbeistellung), ist die umsatzsteuerliche Beurteilung umstritten. Ich werde auf sie am Ende der Arbeit — ebenso wie auf eine einkommensteuerrechtliche Frage — kurz eingehen.

¹⁸⁾ Herting BB 1961, 784 ff.

¹⁹⁾ Paul NJW 1963, 2249 ff faßt den Begriff der industriellen Lohnfertigung etwas weiter und versteht darunter auch Werklieferungsverträge, bei denen der Besteller keinerlei Material einliefert, sowie Werkverträge, bei denen die Identität des eingelieferten Materials gewahrt wird. Beide Vertragsarten sind jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Das Schwergewicht der vorliegenden Arbeit liegt aber aus den eingangs dargelegten Gründen ganz bewußt auf zivilrechtlichem Gebiet. Hier ist bisher weder die schuldrechtliche noch die sachenrechtliche Seite der Umarbeitungsgeschäfte genügend untersucht worden²⁰⁾. Die schuldrechtliche Einordnung der Umarbeitungsgeschäfte ist z. B. wichtig für die Frage, wer die Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung des eingelieferten Materials trägt. Die dingliche Rechtslage hat für den Fall der Zwangsvollstreckung gegen den Unternehmer Bedeutung. Fraglich ist, ob dem Kunden bei einer Einzelzwangsvollstreckung eines Gläubigers des Unternehmers die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO zusteht und ob der Kunde im Konkurs des Unternehmers ein Aussonderungsrecht hat. Hierfür ist zu klären, wem die beim Unternehmer vorhandenen Materialvorräte gehören, ob sie Eigentum des Unternehmers, der Kunden oder beider sind.

IV. Ausgangspunkt für die zivilrechtliche Untersuchung

Wenn dem Kunden bei der Einlieferung von Material sogleich Halbzuge oder Fertigprodukte in entsprechender Menge ausgeliefert werden, liegt ein einfacher Tauschvertrag vor. Dieser Fall ist uninteressant. Schwierig wird die Rechtslage dagegen, wenn dem Kunden keine Produkte oder nur Produkte in geringerer Menge, als der Materialeinlieferung entsprechen würde, ausgeliefert werden²¹⁾. Wenn dem Kunden keine Produkte ausgeliefert werden, sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: 1. Der Kunde übereignet sein Material bei der Einlieferung. 2. Er übereignet es nicht.

Übereignet der Kunde sein Material bei der Einlieferung, so hat er lediglich einen schuldrechtlichen Erfüllungsanspruch auf Übergabe und Übereignung der herzustellenden Sache. Der Anspruch kann sich ergeben

²⁰⁾ Paul NJW 1963, 2249 ff prüft vom Patent- und Wettbewerbsrecht her, welche Bedeutung es hat, wenn der Fertigungsverfahren oder sein Gegenstand nach den Gedanken und Weisungen des Auftraggebers gestaltet werden und der Auftraggeber für den Fertigungsverfahren oder den Gegenstand Schutzrechte — vor allem Patente — oder ein besonderes betriebliches Geheimwissen (know how) besitzt. Für Paul spielt daher der Gesichtspunkt der Materialidentität keine Rolle. Auf die übrigen Äußerungen in Literatur und Rechtsprechung gehe ich an entsprechender Stelle ein.

²¹⁾ Wenn dem Kunden weniger Produkte ausgeliefert werden, als der Materialeinlieferung entsprechen würde, und der Umarbeitungslohn in Geld geleistet werden soll, übereignet der Kunde das eingelieferte Material zumindest in der Höhe bruchteilmäßig, die der Menge gleichartigen Materials in den ausgelieferten Produkten entspricht. Die Differenz, also das „Gewichtsguthaben“ des Kunden, ist so zu behandeln, als wenn dem Kunden keine Produkte ausgeliefert worden wären.

aus § 651 Abs. 1 Satz 1 BGB (Werklieferungsvertrag), aus § 515 i. V. m. § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB (Tausch), § 607 Abs. 1 BGB (Darlehen), § 700 Abs. 1 Satz 1 BGB (unregelmäßiger Verwahrung) oder aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB (Kauf, unter sofortiger Aufrechnung der Kaufpreisforderung aus dem möglicherweise anzunehmenden Verkauf des Materials bei Einlieferung). Im Konkurs des Unternehmers hat der Kunde kein Aussonderungsrecht (§ 69 KO). Die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des eingelieferten Materials geht mit der Übereignung auf den Unternehmer über.

Übereignet der Kunde sein Material dagegen bei der Einlieferung nicht, so behält er wie der Besteller beim Werkvertrag vorerst seinen Eigentumsherausgabeanspruch (§ 985 BGB)²²⁾. Sobald die Vermischung einsetzt, wird der Kunde Miteigentümer der Bestände, mit denen sich sein Material beim Unternehmer vermischt (§§ 947, 948 BGB)²³⁾. Ob ihm in diesem Fall ein Aussonderungsrecht zusteht, wer die Gefahr trägt und wie das Umarbeitungsgeschäft im einzelnen abgewickelt wird, bleibt zu untersuchen. Die Rechtslage ist somit grundverschieden, je nachdem ob der Kunde sein Material bei der Einlieferung übereignet oder nicht.

²²⁾ Wenn der Kunde bereits einen Bruchteil des eingelieferten Materials auf den Unternehmer übereignet hatte, weil ihm sofort Produkte ausgeliefert worden waren (vgl. Anm. 21 zu Kapitel A), sind der Unternehmer und der Kunde Miteigentümer des betreffenden Materials in dem eingelieferten Posten.

²³⁾ § 950 BGB findet in der Regel keine Anwendung, da bei Bunt- und Edelmetallen der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes, vgl. auch Herting BB 1961, 787.

B. Frage der Übereignung des Materials im Zeitpunkt der Einlieferung beim Unternehmer

Zur Übertragung des Eigentums ist nach § 929 Satz 1 BGB erforderlich, daß der Kunde dem Unternehmer das Material übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Die Übergabe erfolgt durch die Einlieferung. Zweifelhaft ist, ob der Kunde das Eigentum in diesem Zeitpunkt bereits übertragen will und ob er eine entsprechende Erklärung abgibt.

I. Fehlen einer ausdrücklichen Übereignungserklärung des Kunden

Gewöhnlich werden in der Bunt- und Edelmetallindustrie hinsichtlich des Übergangs des Eigentums am eingelieferten Material keine ausdrücklichen Vereinbarungen getroffen. Auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Unternehmen enthalten in der Regel keinerlei Bestimmungen hinsichtlich des Eigentumsübergangs bei Umarbeitungsgeschäften ¹⁾.

¹⁾ vgl. Geschäftsbedingungen, zusammengestellt vom Gesamtverband Deutscher Metallgießereien; Umarbeitungsbedingungen der Degussa, Deutsche Gold- und Silber-Scheideanstalt vormals Roessler, Frankfurt am Main; allgemeine Geschäftsbedingungen folgender Unternehmen: William Prym-Werke KG, Stolberg; Stolberger Metallwerke KG, Stolberg; Norddeutsche Affinerie, Hamburg; Aktiengesellschaft für Zink-Industrie vormals Wilhelm Grillo, Duisburg-Hamborn; Weisse & Eschrich GmbH, Ludwigstadt; Metallhüttenwerk Bruch GmbH, Dortmund; Versevörder Metallwerke GmbH, Werdohl; Wieland-Werke AG Metallwerke, Ulm; G. Rau Doubléfabrik, Pforzheim; Bayerische Metallwerke AG, Dachau; Deutsche Industrie-Werke AG, Berlin; Victor Rehm Doubléfabrik, Pforzheim; Vereinigte Deutsche Metallwerke AG, Frankfurt am Main; Gebr. Röhr, Krefeld-Uerdingen; Vossloh-Werke GmbH, Werdohl.

II. Frage der stillschweigenden Übereignung

Zu prüfen ist, ob man in der Ablieferung des Materials an den Unternehmer die stillschweigende Abgabe einer auf Übereignung gerichteten Willenserklärung des Kunden zu sehen hat. Dabei ist § 133 BGB als Maßstab heranzuziehen²⁾. Wenn der wirkliche Wille nicht festgestellt werden kann, muß man sich damit begnügen, den mutmaßlichen Willen zu ermitteln. Hierbei ist das Ergebnis zu bevorzugen, das nach dem Wortlaut des gesamten Vertragstextes, den Umständen und der Berücksichtigung einer eventuellen Verkehrssitte die größte Wahrscheinlichkeit für sich hat und innerlich vernünftig ist³⁾.

Aus Formulierungen in Begleitschreiben wie „Wir übergeben Ihnen zur Umarbeitung...“ oder „Wir senden Ihnen zur Umarbeitung...“ läßt sich nichts entnehmen. Die Übergabe des Materials kann mit einer Übereignung verbunden sein, muß es aber nicht sein. Eine Übergabe ohne Übereignung liegt z. B. beim Werkvertrag vor.

Wir „liefern“ Ihnen zur Umarbeitung . . . kann bedeuten: „Wir übergeben Ihnen das Material im Rahmen eines Werkvertrags“ oder „Wir übergeben Ihnen das Material im Rahmen eines Austauschvertrages“. Allein aus der Formulierung „Wir liefern Ihnen zur Umarbeitung...“ lassen sich daher keine Rückschlüsse ziehen, zumal selbst im Rahmen eines Austauschvertrages Übergabe und Übereignung des Materials nicht notwendig auf ein und denselben Zeitpunkt fallen müssen. Ebenso wenig kann man aus der Verwendung der Worte „Wir stellen Ihnen zur Verfügung“ eine sichere Aussage herleiten.

Wenn sich im Begleitschreiben die Formulierung findet: „Wir senden (liefern, übergeben) Ihnen zur Gutschrift auf Gewichtskonto“, ist zu prüfen, wie eine solche Wendung auszulegen ist. Gewichtskonten sind Konten, die in Gewichtseinheiten eines bestimmten Metalls geführt werden. Gibt ein Kunde z. B. goldhaltige Abfallstoffe zur Raffination an eine Scheideanstalt und weist die chemische Analyse des Postens einen Gehalt von 100 g Gold aus, so werden ihm diese 100 g auf seinem Goldgewichtskonto gutgeschrieben⁴⁾.

Die Gutschrift kann bedeuten, daß dem Kunden nur eine obligatorische Forderung auf Übergabe und Übereignung von 100 g Gold zusteht. Dies ist der Fall, wenn der Kunde sein Material bei der Einlieferung übereignet und dadurch auf eine bloße Forderung beschränkt ist.

²⁾ Krüger-Nieland in BGB-RGRK Anm. 6 zu § 133 BGB; Coing in Staud. Anm. 58 zu § 133 BGB.

³⁾ Coing in Staud. Anm. 36 zu § 133 BGB; Krüger-Nieland in BGB-RGRK Anm. 11, 12 zu § 133 BGB; Westermann in Ermann (3. Aufl.) Anm. 7 zu § 133 BGB.

⁴⁾ Herting BB 1961, 787; Degussa-Edelmetalle S. 1 ff.

Wenn der Kunde dagegen sein Material nicht übereignet, bedeutet die Gutschrift, daß dem Kunden dingliche Rechte an dem Goldbestand beim Unternehmer zustehen. Das Gewichtsguthaben repräsentiert zunächst das Eigentum des Kunden am eingelieferten Material (§ 985 BGB). Nach Eintritt der Vermischung stellt es ein Bündel von Miteigentumsrechten an den Goldbeständen dar, in die das eingelieferte Material gelangt ist (§§ 947, 948 BGB)⁵⁾.

Die Gewichtsgutschrift ist also die buchhalterische Registrierung entweder einer obligatorischen Forderung oder eines Bündels dinglicher Rechte, je nachdem ob der Kunde sein Material bei der Einlieferung übereignet oder nicht. Für die Frage, ob der Kunde das Material übereignet, läßt sich daher aus der Führung der Gewichtskonten und daraus, daß auf sie bei der Einlieferung Bezug genommen wird, kein Anhaltspunkt gewinnen. Man muß auf die tatsächlichen Vorstellungen der Parteien zurückgreifen.

a) Verzicht auf die Wahrung der Materialidentität

Wenn ein Kunde annimmt, der Unternehmer werde den Materialposten einer Sonderbehandlung unterziehen und dabei die Identität des eingelieferten Materials wahren, so will der Kunde einen Werkvertrag abschließen und dem Unternehmer das Material nicht übereignen. Er gibt daher mit der Einlieferung keine stillschweigende Übereignungserklärung ab.

Eine solche Fallgestaltung wird äußerst selten sein. Denkbar wäre z. B. folgender Fall: Eine Witwe gibt den Ehering ihres Mannes zur Raffination an eine Scheideanstalt, um das Gold für ihren Zahnersatz zu verwenden. Sie wünscht aus Pietätsgründen Rücklieferung desselben Goldes, welches sie hingegeben hatte. Wenn die Witwe diesen Wunsch äußert, wird die Scheideanstalt es ablehnen, einen Vertrag abzuschließen. Zu berücksichtigen ist daher nur die Möglichkeit, daß die Scheideanstalt den Ehering in der Annahme entgegennimmt, der Materialaustausch sei gestattet, die Witwe aber Wert auf die Wahrung der Materialidentität legt, ohne dies zu erkennen zu geben.

Im allgemeinen werden Kunden aber damit rechnen, daß bei einer Scheideanstalt eine Vermischung der Einzelposten zumindest stattfinden kann. Dies gilt auch für die Kunden der übrigen Unternehmen der Branche. Es ist daher davon auszugehen, daß die Kunden, indem sie das Material in Kenntnis der Möglichkeit einer Vermischung abliefern, dem Unternehmer die Vermischung des eingelieferten Materials mit anderen Beständen gestatten.

⁵⁾ In welchem Umfang dem Kunden daneben noch obligatorische Ansprüche zustehen, wird an späterer Stelle untersucht werden, vgl. C I-VI der Arbeit.

Da eine Vermischung immer zu einem zumindest teilweisen körperlichen Austausch des Materials führt ⁶⁾, ist die Gestattung der Vermischung dahin auszulegen, daß der Kunde mit der Vermischung stets auch einen zumindest teilweisen Austausch des Materials gestattet. Wenn aber ein körperlicher Austausch des Materials stattfindet, muß auch — wenn man an der geltenden Eigentumsordnung festhält — in irgendeiner Weise ein Eigentumswechsel vor sich gehen: Der Kunde muß das Eigentum an dem ausgelieferten Produkt erwerben und auf das Eigentum am eingelieferten Material verzichten.

Am offenkundigsten ist diese Notwendigkeit, wenn der Kunde gleich bei der Einlieferung des Materials fertige Erzeugnisse in entsprechender Menge mitnimmt. Hier geht das gesamte eingelieferte Material im Zeitpunkt der Einlieferung in das Eigentum des Unternehmers über. Die Annahme einer Übereignungserklärung begegnet keinen Bedenken, da der vollständige Materialaustausch für jedermann klar zutage liegt. Doch ist dieser Fall unproblematisch. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich gerade mit Umarbeitungsgeschäften, die nicht Zug um Zug abgewickelt werden.

Wenn sich nämlich die Abwicklung über einen längeren Zeitraum erstreckt, tritt die Tatsache, daß später u. U. ein Austausch des Materials stattfindet, für den Kunden sehr in den Hintergrund. Der Kunde übergibt dem Unternehmer zunächst einmal das Material „zur Umarbeitung“. Wie sich die dingliche Rechtslage im einzelnen später gestalten wird, darüber macht er sich im allgemeinen bei der Einlieferung noch keine Gedanken. Man kann also nicht einfach davon ausgehen, daß der Kunde schon bei der Einlieferung eine Übereignungserklärung abgeben will.

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob dem Kunden überhaupt bewußt wird, daß der Materialaustausch, der mit der Vermischung verbunden ist, notwendig zu einem mindestens teilweisen Eigentumswechsel führen muß. Diese Notwendigkeit wird ja selbst von einer Ansicht in der Rechtswissenschaft ⁷⁾ bei einer anderen sehr austauschfähigen Sache, dem Geld, geleugnet.

Aber auch wenn man diese Ansicht nicht heranzieht, gibt es einen Grund, der dem Kunden die Übereignung des Materials als überflüssig erscheinen lassen und ihn daher von der Übereignung abhalten kann. Für die Parteien ist Gold gleich Gold. Metalle können anders als z. B. ein Anzugstoff keine geheimen Fehler haben. Sie weisen keine Qualitätsunterschiede auf. Metalle sind uneingeschränkt formbar und teilbar. Bunt- und Edelmetalle lassen sich aus jeder Legierung und aus jeder anderen Zusammensetzung vollständig zurückgewinnen, ohne daß sie dadurch in ihren Eigen-

⁶⁾ vgl. AIII der Arbeit.

⁷⁾ Sogenannte Lehre von der Geldwertvindikation, auf die hier noch nicht eingegangen werden kann, aber vgl. D III a der Arbeit.

schaften verändert würden. Im Verkehr mit NE-Metallen spielt aus diesem Grund nur der analytische Metallgehalt eine Rolle⁸⁾. Der körperliche Austausch des Materials tritt vollkommen in den Hintergrund. Den Parteien kommt es daher nur auf die gewichtsmäßige Menge des Metalls, nicht auf die körperliche Identität an. Die Kunden werden sich also, selbst wenn sie mit der Möglichkeit eines vollständigen Materialaustausches rechnen, kaum Gedanken über den Eigentumswechsel machen. Die sachenrechtliche Konstruktion überlassen sie getrost den Juristen.

Doch selbst wenn sich die Kunden Gedanken über den Eigentumswechsel machen, ist nicht gesagt, daß sie das Material bei der Einlieferung übereignen wollen. Wenn das Umarbeitungsgeschäft nicht Zug um Zug erfüllt wird, ist nämlich ungewiß, ob die Vermischung im Verlauf der Umarbeitung zu einem vollständigen oder nur zu einem teilweisen Austausch des Materials führen wird. Führt sie nur zu einem teilweisen Austausch des Materials, so erhält der Kunde im ausgelieferten Erzeugnis teilweise körperlich eigenes Material zurück. Hinsichtlich dieses eigenen Materials ist kein Eigentumswechsel erforderlich. Der Kunde ist⁹⁾ insoweit schon Eigentümer des ausgelieferten Produkts. Ihm muß bei der Auslieferung nur noch der fehlende Teil des Eigentums vom Unternehmer übertragen werden.

Daß in einem solchen Fall überhaupt ein Eigentumswechsel, und zwar ein teilweiser Eigentumswechsel stattfindet, wird dem Kunden kaum bewußt werden. Für ihn steht im Vordergrund, daß er möglicherweise körperlich eigenes Material im Produkt zurückerhält. Wozu soll er dann seinen Stoff erst übereignen? Er könne, so wird er sich im allgemeinen denken, dies ja immer noch nachholen, wenn und soweit es wirklich zum Metallaustausch komme.

Allerdings ist die Annahme einer Nichtübereignung nur gesichert, wenn man davon ausgehen kann, daß der Kunde sein Material nicht an den Unternehmer verkaufen und das Produkt vom Unternehmer später kaufen will. Beim Kauf (auch von NE-Metallen) ist natürlich eine Eigentumsübertragung gewollt. An dieser Stelle der Arbeit muß daher auf den wirtschaftlichen Gehalt der Umarbeitungsgeschäfte¹⁰⁾ eingegangen und untersucht werden, ob wirtschaftlich gesehen zwei Kaufverträge, die auch als Tauschvertrag mit Wertausgleich aufgefaßt werden können, oder ein Werkvertrag abgeschlossen werden sollen.

b) Gegenstand des wirtschaftlichen Leistungsaustausches

Die Möglichkeit zweier Kaufverträge scheidet nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise von vornherein aus. Der Kunde will für die Einliefe-

⁸⁾ BFH BStBl. 1953 III, 347 f.

⁹⁾ — wenn er das Material bei der Einlieferung nicht übereignet —

¹⁰⁾ nicht nur auf die wirtschaftlichen Hintergründe wie in A II der Arbeit.

rung des Materials nicht in Geld abgefunden werden. Er möchte bei der Auslieferung des Produkts nicht Gefahr laufen, einen höheren Materialpreis zahlen zu müssen, als er für die Einlieferung seines Materials bekommen hatte. Der Kunde legt daher Wert auf Rücklieferung von Bunt- und Edelmetallen in natura bzw. in Form von Produkten.

Damit könnten wirtschaftlich also entweder ein Tauschvertrag mit Wertausgleich oder ein Werkvertrag vorliegen. Beim Tauschvertrag will jede Partei den Tauschgegenstand, auch wenn die Gegenstände gleichartig sind, in das Vermögen des Vertragspartners überführen, also übereignen.

Liegt dagegen nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Werkvertrag vor, so ist auf Grund der vorangegangenen Überlegungen anzunehmen, daß der Kunde sein Material nicht übereignet, zumindest jedenfalls nicht im Zeitpunkt der Einlieferung.

Für die Annahme eines Werkvertrags im wirtschaftlichen Sinn spricht, daß der Umarbeitungslohn in der Regel nach Art eines Werklohnes ohne Berücksichtigung der Marktpreise des Materials berechnet wird; dies zeigt sich an der Führung von Gewichtskonten, deren Verwendung in der Bunt- und Edelmetallindustrie allgemein üblich ist ¹¹⁾.

Die Gewichtsbuchhaltung für ein bestimmtes Metall ist ebenso wie die Geldbuchhaltung ein System, das nach dem Prinzip der doppelten Buchführung aufgebaut ist und in sich stimmen muß. Sie ist aber von der Geldbuchhaltung streng zu trennen. Geldbeträge tauchen in der Gewichtsbuchhaltung nicht auf.

Wenn in dem Beispiel der Scheideanstalt dem Kunden eine Goldsilberlegierung ausgeliefert wird, so belastet die Scheideanstalt dem Kunden den Goldinhalt auf seinem Goldgewichtskonto, den Silberinhalt auf seinem Silbergewichtskonto. Die jeweilige Gegenbuchung erfolgt ebenfalls auf Gewichtskonten. Nur die Scheidekosten werden in der Geldbuchhaltung verbucht. Die Materialmengen werden also nicht in Geld bewertet.

Der Umarbeitungslohn ist daher ein reines Entgelt für die Arbeitsleistung des Unternehmers. Dies kommt auch in der umsatzsteuerlichen Bewertung der Umarbeitungsgeschäfte als Werkleistung zum Ausdruck, vgl. § 8 UStDB.

Gegen die Absicht einer Vermögensverschiebung spricht weiter die Art, in der die Materialmengen bei der Aufstellung der Bilanz buchungstechnisch behandelt werden. Material, das von den Kunden zu Umarbeitungsgeschäften eingeliefert wird, erscheint in der Bilanz des Unternehmers nicht ¹²⁾. Es wird schon vor Aufstellung der Bilanz von den Gesamt-vorräten, die sich beim Unternehmer befinden, abgesetzt, also nicht als Eigenvermögen des Unternehmers ausgewiesen. Hierdurch wird in der

¹¹⁾ BFH BStBl. 1961 III, 31 ff; BFH BStBl. 1952 III, 97 f; BFH BStBl. 1953 III, 347 f; Herting BB 1961, 784 ff.

¹²⁾ BFH BStBl. 1961 III, 32 ff.

Bilanz des Unternehmers unter dem Posten „Vorräte“ eine kleinere Menge aufgeführt, als sie tatsächlich in den Lagern und Werken des Unternehmers vorhanden ist. Würden die Kundenbestände zum Vermögen des Unternehmers zu rechnen sein, so müßten sie auf der Aktivseite der Bilanz eingesetzt werden¹³⁾.

Bei den Umarbeitungsgeschäften ist daher eine Vermögensverschiebung hinsichtlich des Materials nicht gewollt. Das Material verbleibt wirtschaftlich im Vermögen des Kunden. Gegenstand des wirtschaftlichen Leistungsaustausches ist allein die Arbeitsleistung des Unternehmers. Infolgedessen liegt wirtschaftlich kein Tauschvertrag mit Wertausgleich, sondern ein Werkvertrag vor.

Der körperliche Austausch des Materials tritt also für den Kunden nicht nur zeitlich und physikalisch, sondern auch nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Umarbeitungsgeschäfte so sehr in den Hintergrund, daß allein die Tatsache des Austausches den Kunden schwerlich veranlassen wird, dem Unternehmer das Eigentum am eingelieferten Material im Zeitpunkt der Einlieferung zu übertragen.

Man muß sich im Gegenteil sogar fragen, ob der Kunde nicht vielmehr bestrebt ist, sich sein Eigentum am eingelieferten Material möglichst bis zur Auslieferung des fertigen Erzeugnisses in irgendeiner Form zu erhalten. Der Kunde will dem Unternehmer wirtschaftlich kein Darlehen geben. Es ist anzunehmen, daß er für die Zeit, über die sich die Abwicklung des Umarbeitungsgeschäftes hinziehen kann, nach dinglicher Sicherung strebt. Dieses Streben ist ganz allgemein verbreitet und durch die Erfahrungen aus zwei Inflationen noch verstärkt worden. Mag es sich hierbei auch oft nur um unbestimmte und unklare Motive handeln, letzten Endes kommt es nicht auf ihre Stichhaltigkeit, sondern nur darauf an, wie sich diese Motive rechtlich auswirken.

Berücksichtigt man daher die gesamten wirtschaftlichen Zusammenhänge und die sonst noch möglichen Motive des Kunden, so ergibt sich, daß der Kunde das Eigentum bei der Übergabe nicht auf den Unternehmer überträgt¹⁴⁾. Eine Ausnahme bildet nur der Fall, daß dem Kunden bereits bei der Einlieferung des Materials in vollem Umfang oder teilweise Produkte ausgeliefert werden (s. o.) oder daß der Umarbeitungslohn in Natur vergütet werden soll¹⁵⁾.

¹³⁾ Dann würden auf der Passivseite als Gegenposten die Gewichtsverbindlichkeiten des Unternehmers auftreten.

¹⁴⁾ Herting BB 1961, 786; Crome II § 271; im Ergebnis auch BFH Gutachten BStBl. 1961 III, 33; Hoffmann DStZ 1962, 107 („Aussonderungsanspruch“).

¹⁵⁾ Soll der Umarbeitungslohn in Natur vergütet werden (vgl. A II der vorliegenden Arbeit), so ist zu fragen, ob der Kunde das eingelieferte Material in Höhe des Umarbeitungslohnes bruchteilmäßig übereignet. Die Entscheidung dieser Frage hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

C. Schuldrechtliche Einordnung der Umarbeitungsgeschäfte

I. Reiner Werkvertrag

Fraglich ist, ob Umarbeitungsgeschäfte, bei deren Abwicklung die Materialidentität verlorenght, zivilrechtlich als Werkverträge angesehen werden können. Die Leistung, zu der sich der Unternehmer verpflichtet, besteht nicht in der Bearbeitung gerade des Materials, das der betreffende Kunde eingeliefert hat; der Kunde gestattet dem Unternehmer vielmehr, anstelle des eingelieferten Materials anderes zu verwenden. Was der Unternehmer mit dem eingelieferten Material macht, ob er es bearbeitet, für andere Kunden verwendet, weiterverkauft oder vernichtet, ist dem Kunden gleichgültig. Dem Kunden liegt nur daran, daß die entsprechende Menge gleichartigen Materials im Produkt zurückerstattet wird.

Von dieser Rückerstattungspflicht ausgehend hat das OLG Rostock in seiner Entscheidung vom 5. 2. 1917¹⁾ bei der Verarbeitung von Kartoffeln zu Flocken zwar einen Werkvertrag angenommen, aber gleichzeitig ausgeführt, daß die Verpflichtung des Unternehmers, die Flocken zurückzuliefern, zur Gattungsschuld werde. Die Verwandlung der Rückgabepflicht hat das Gericht nicht näher erklärt.

Aus einem Werkvertrag, der die Bearbeitung einer Sache zum Gegenstand hat, obliegt dem Unternehmer lediglich die Verpflichtung zur Rückgabe der konkreten bearbeiteten Sache. Als eine solche Rückgabeverpflichtung läßt sich aber die Leistungspflicht des Unternehmers bei den Umarbeitungsgeschäften nicht auffassen. Denn der Unternehmer ist, wenn ein körperlicher Austausch des Materials stattgefunden hat, nicht nur zur Übergabe, sondern auch zur Übereignung der ausgelieferten Produkte verpflichtet. Die Verpflichtung geht nicht auf Leistung einer konkret bestimmten Sache, sondern nur auf Leistung „einer bestimmten Menge gleichartigen Materials in bearbeitetem Zustand“. Es liegt daher tatsächlich eine Gattungsschuld vor. Fraglich, und durch die Entscheidung des OLG Rostock in keiner Weise geklärt, ist nur, welchen Charakter der zugrundeliegende Vertrag hat.

Herting²⁾ vertritt unter Berufung auf Enneccerus die Meinung, die Umarbeitungsgeschäfte seien als Werkverträge mit Ersetzungsbefugnis des

¹⁾ OLG Rostock OLG-Rspr. 36, 7.

²⁾ Herting BB 1961, 786.

Unternehmers anzusehen. Enneccerus³⁾ kommt aber, wenn beide Parteien vom Austausch des Materials ausgehen, zu dem Ergebnis, daß nicht ein Werkvertrag, sondern ein Werklieferungsvertrag vorliege, bei dem die Leistung des Bestellers statt in Geld zum Teil in geliefertem Stoff bestehe (unregelmäßiger Werklieferungsvertrag). Bei industrieller Lohnfertigung weiß der Unternehmer immer, daß eine Vermischung und damit ein Austausch des Materials stattfinden werden. Ein großer Teil der Kunden weiß dies ebenfalls.

Aber auch in den übrigen Fällen ist die Annahme einer Ersetzungsbefugnis des Unternehmers nicht zu halten. Eine Ersetzungsbefugnis würde den Unternehmer berechtigen, sich von der Rückgabepflicht aus Werkvertrag durch Lieferung und Übereignung einer anderen als der zunächst hingegebenen Sache zu befreien. Wenn der Unternehmer aber das eingelieferte Material mit anderem Material untrennbar vermischt hat, ist eine Rückgabe des eingelieferten Materials nicht mehr möglich. Der Unternehmer ist daher nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, dem Kunden eine andere Sache zu liefern und zu übereignen. Diese „Verpflichtung“ zur Übereignung wird durch eine Ersetzungsbefugnis nicht erklärt. Denn die Ersetzungsbefugnis gibt dem Schuldner nur das Recht, sich von einer Verbindlichkeit durch die Erbringung einer anderen als der geschuldeten Leistung zu befreien⁴⁾, läßt aber den Inhalt der Verbindlichkeit unberührt. Der Ansicht von Herting kann daher nicht gefolgt werden.

Abzulehnen ist auch die Ansicht Cromes⁵⁾, der der Eigentumsproblematik dadurch aus dem Wege zu gehen sucht, daß er eine — nicht näher begründete — Surrogation annimmt.

Oertmann⁶⁾ ist der Ansicht, es liege, wenn dem Unternehmer die Ersetzung des gelieferten Stoffes gestattet werde, ein reiner Werkvertrag vor; der Unternehmer stelle das Werk an dem „tauschweise“ durch Besitzkonstitut in das Eigentum des Bestellers überführten Material her. Eine solche Konstruktion kommt aber nur für Beispiele in Frage, die aus dem Bereich handwerklicher Einzelfertigung stammen. Verwendet nämlich ein Goldschmied anderes Gold als das gelieferte, so hat er immer nur ein und dieselbe Sache, die er für den Kunden bearbeitet, in Arbeit; während der Umarbeitung ist also ein körperlicher Gegenstand vorhanden, auf den sich ein Besitzkonstitut beziehen kann.

Bei industrieller Lohnfertigung dagegen schreitet der Verarbeitungsprozeß von einer Bearbeitungsstufe zur anderen fort, die eingelieferten Materialmengen vermischen sich ständig mit immer weiteren Materialmengen anderer Kunden. Der Unternehmer arbeitet „für“ alle Kunden gleichzeitig. Gegenstand der Bearbeitung ist das gesamte im Betrieb umlaufende Ma-

³⁾ Enneccerus § 376 II 1 b.

⁴⁾ En-Lehmann § 10 I.

⁵⁾ Crome II, § 271.

⁶⁾ Oertmann Anm. 2 c zu § 651 BGB

terial. Daher ist keine Sache vorhanden, die einem bestimmten Kunden während der Verarbeitung zugeordnet werden könnte. Oertmanns Lösungsversuch ist somit für industrielle Fertigungsprozesse nicht geeignet.

Die mit einem Materialaustausch verbundenen Umarbeitungsgeschäfte sind demnach zivilrechtlich nicht als reine Werkverträge anzusehen.

II. Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch ⁷⁾ (Schulbeispiel der locatio conductio irregularis)

Die Ansicht von Herting führt aber zu einer Vertragsfigur hin, die den Ansatzpunkt für eine schuldrechtliche Lösung bietet. Es ist dies die Figur der sogenannten locatio conductio irregularis, deren Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch absichtlich übergangen wurde ⁸⁾.

Unter dem Begriff der locatio conductio irregularis verstand man ursprünglich zwei Arten der Vertragsgestaltung: 1. Eine Mietsache wird gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben, daß entweder die Sache zurückgegeben oder die Taxe zu zahlen ist, z. B. bei einem Pachtvertrag in betreff des mitübergebenen Viehbestandes (sogenannter Eisernviehvertrag ⁹⁾). 2. Jemand bestellt bei einem Handwerker ein Erzeugnis und liefert den Stoff dazu, gestattet aber dem Handwerker gleichzeitig, anstelle des gelieferten Stoffes anderen zu verwenden ¹⁰⁾.

a) Goldschmiedfall

Um die Jahrhundertwende etwa hatte sich der Begriff der locatio conductio irregularis, soweit er überhaupt noch Verwendung fand, auf diese zweite Möglichkeit, also auf die Gestattung des Materialaustausches beim Handwerker, verengt ¹¹⁾. Als Beispiel wurde meist der Fall des Goldschmieds gewählt (vgl. A I der Arbeit). Riezler ¹²⁾ spricht von einem „Werkvertrag mit gestattetem Stoffersatz“. Crome ¹³⁾ verwendet die Bezeichnung „irregulärer Werkvertrag“. Beide Bezeichnungen sind möglich. Dagegen führt die Bezeichnung, die von der Mehrzahl der übrigen Auto-

⁷⁾ Die Formulierung „mit gestattetem Stoffaustausch“ soll darauf hinweisen, daß nicht eine Ersetzungsbefugnis im technischen Sinn gemeint ist.

⁸⁾ Mot. II, 477.

⁹⁾ Windscheid-Kipp II § 400, Anm. 22.

¹⁰⁾ Windscheid-Kipp II § 401, Anm. 12.

¹¹⁾ André in Plandk Anm. 7 zu § 651 BGB; Eck-Leonhard I S. 529; Riezler S. 70 ff.

¹²⁾ Riezler S. 70 ff.

¹³⁾ Crome II § 271.

ren¹⁴⁾ verwendet wird, nämlich die Bezeichnung „unregelmäßiger Werklieferungsvertrag“, zu Unklarheiten.

Enneccerus und Lehmann¹⁵⁾ weisen mit Recht darauf hin, daß der Fall bloßer Gestattung des Materialaustausches in scharfem Gegensatz zu dem Fall des von vornherein beabsichtigten Austausches steht. Wenn die Parteien von vornherein davon ausgehen, daß das Material beim Unternehmer ausgetauscht werde, wollen sie keinen Werkvertrag, sondern einen Werklieferungsvertrag abschließen: Der Unternehmer soll nämlich dann das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff herstellen und dem Kunden die hergestellte Sache übereignen. Dafür überläßt der Kunde dem Unternehmer das eingelieferte Material und zahlt den Umarbeitungslohn oder vergütet ihn in natura (vgl. A II der Arbeit). Da die Leistung des Kunden also ganz oder zum Teil in geliefertem Stoff besteht, weist der Werklieferungsvertrag Elemente des Tauschvertrages (§ 515 BGB) auf. Hierin liegt eine Unregelmäßigkeit gegenüber dem gewöhnlichen Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB, bei dem die Gegenleistung des Kunden zumindest dann in Geld besteht, wenn eine „vertretbare Sache“ hergestellt werden soll, §§ 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, 433 Abs. 2 BGB. Es empfiehlt sich daher, den Begriff des unregelmäßigen Werklieferungsvertrages für den Fall des von vornherein beabsichtigten Austausches, der gerade bei industrieller Lohnfertigung eine große Bedeutung hat, vorzubehalten und ihn nicht für den Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch (Goldschmied-fall) zu verwenden.

Daß diese Unterscheidung eine echte Variante des Sachverhalts betrifft, zeigt sich bei der gesetzlichen Regelung der unregelmäßigen Verwahrung¹⁶⁾ in den §§ 13, 15 DepotG und 700 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Die Verwahrung ist eine Vertragsfigur, die mit dem Werkvertrag, wenn er die Bearbeitung einer Sache zum Gegenstand hat, große Ähnlichkeit hat. Der Gesetzgeber hat bei der unregelmäßigen Verwahrung zwischen einer von vornherein beabsichtigten Übereignung und bloßer Gestattung der An-eignung (des Verbrauchs) unterschieden.

Sowohl der Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch als auch der Werklieferungsvertrag mit teilweiser Sachvergütung sind Formen der locatio conductio irregularis, was in den Auseinandersetzungen um diese Vertragsfigur bisher nicht genügend beachtet worden ist. Die locatio conductio irregularis geht zurück auf die beiden Digestenstellen l 31 D loc 19, 2 und l 34 pr D de auro 34,2. Von ihnen betrifft nur l 31 D loc 19,2 den

¹⁴⁾ André in Planck Anm. 7 zu § 651 BGB; Eck-Leonhard I S. 529; Riezler S. 70 ff; Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert (9. Aufl.) Anm. 4 zu § 651 BGB; Riedel und Kober in Staud. Anm. 11 zu § 651 BGB; Denecke in BGB-RGRK Anm. 9 zu § 651 BGB.

¹⁵⁾ En-Lehmann § 156 II 1 b.

¹⁶⁾ Zum Begriff der unregelmäßigen Verwahrung (depositum irregulare) Nipper-dey in Staud. Anm. 1 — 6 zu § 700 BGB.

Fall bloßer Gestattung des Materialaustausches: *si ita datum esset, ut in simili re solvi possit*. L 34 pr D de auro 34, 2 geht dagegen davon aus, daß von vornherein feststehe, der Goldschmied werde anderes als das gelieferte Material verwenden: *si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, . . .*¹⁷⁾.

Einzelne Hinweise darauf, daß der Goldschmiedfall diese andere Variante haben könnte, finden sich allerdings auch in neueren Literaturstellen. So hat bereits Kipp¹⁸⁾ hervorgehoben, daß die Gestattung des Materialaustausches „zwei Bedeutungen“ haben könne: einmal könne die Vereinbarung so gemeint sein, daß der zunächst abgeschlossene Werkvertrag in einen Werklieferungsvertrag übergehe, wenn sich der Unternehmer das gelieferte Material aneigne und für die Herstellung des Werkes anderes Material verwende, zum anderen könnten die Parteien von vornherein den Abschluß eines Werklieferungsvertrages nach § 651 BGB beabsichtigt haben¹⁹⁾.

Auch Riezler²⁰⁾ kommt dem Problem mit dem Beispiel der sogenannten Umtauschmüllerei schon sehr nahe. Unter Umtauschmüllerei versteht man folgendes: Ein Landwirt läßt bei einem Müller seinen Weizen mahlen und will dabei nur eine entsprechende Quantität Weizenmehl zurückerhalten, ohne Rücksicht darauf, ob das Mehl wirklich gerade aus seinem Weizen stammt oder aus einem anderen in der Mühle lagernden Weizen gleicher Qualität.

Diesen Fall kann man zwar nicht als ein Beispiel für industrielle Lohnfertigung bezeichnen, weil es ihn auch schon vor Beginn der industriellen Epoche gegeben hat. Aber er wirft die gleichen Probleme auf wie die Abwicklung der Umarbeitungsgeschäfte in der Bunt- und Edelmetallindustrie. Leider hat Riezler bei der Behandlung der Umtauschmüllerei nicht darauf geachtet, daß auch in einer Mühle die Einzelposten nicht gesondert bearbeitet werden. Der Materialaustausch ist daher nicht nur gestattet, sondern er steht von vornherein fest.

Daß die rechtliche Diskussion trotz dieser Ansätze jahrhundertlang auf den Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch beschränkt blieb, ja daß diese Vertragsfigur zum Schulbeispiel der *locatio conductio irregularis* wurde, während doch schon im römischen Recht auch die andere Möglichkeit angelegt war, wird daraus zu erklären sein, daß im Mittelalter die Beispiele aus dem Bereich handwerklicher Einzelfertigung wirtschaftlich und rechtlich im Vordergrund standen.

¹⁷⁾ Auslegung der l 34 pr D de auro 34, 2 wie hier Enneccerus § 376, Anm. 6; En-Lehmann § 156, Anm. 6; a. A. Mommsen S. 284 f, Note 26, 27.

¹⁸⁾ Windscheid-Kipp II § 401, 2.

¹⁹⁾ Ob auch Kober und Riedel in Staud. Anm. 11 zu § 651 BGB zu dieser Ansicht neigen, ist nicht klar zu erkennen.

²⁰⁾ Riezler S. 70.

b) Lösung des Goldschmiedfalls

Beim Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch herrscht vor allem darüber Streit, ob er als einheitlicher Vertrag anzusehen ist oder ob er aus einem Kaufvertrag über das eingelieferte Material und einem regelmäßigen Werklieferungsvertrag über das Erzeugnis besteht. Die in der Minderheit gebliebene Meinung, nach der der Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch aus zwei Verträgen bestehen soll²¹⁾, verkennt, daß es im Goldschmiedfall²²⁾ nicht notwendig zum Verlust der Materialidentität kommt.

Verwendet der Goldschmied nämlich das gelieferte Material, so ist für Übereignungsvorgänge und die Annahme zweier auf Übereignung gerichteter Verträge kein Raum. Der Kunde bleibt Eigentümer seines Materials; die Gestattung des Materialaustausches entfaltet keine rechtliche Wirkung.

Zwar kann man hieraus nicht schließen, der Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch sei ein reiner Werkvertrag. Man kann nur soviel sagen: der Vertrag ist zunächst ein reiner Werkvertrag nach § 631 BGB und bleibt dies auch, wenn kein anderes Material verwendet wird.

Verwendet der Unternehmer aber anderes Material, dann wird aus dem ursprünglichen Werkvertrag durch nachträgliche Vertragsänderung ein Werklieferungsvertrag, bei dem die Leistung des Bestellers zum Teil in geliefertem Stoff besteht (§§ 651, 655 BGB)²³⁾. Wenn der Umarbeitungslohn nicht in Geld, sondern in natura geleistet werden soll (vgl. A II der Arbeit), so besteht die gesamte Leistung des Bestellers in geliefertem Stoff. Der Unternehmer führt die Vertragsänderung herbei, indem er auf die Gestattung des Materialaustausches eingeht. Die Gestattung des Materialaustausches ist also schuldrechtlich ein Vertragsangebot, das auf den Abschluß eines Abänderungsvertrages (§ 305, 2. Alternative BGB) gerichtet ist²⁴⁾, sachenrechtlich eine Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB²⁵⁾. Dem Unternehmer steht es frei, ob und wann er das schuldrechtliche Angebot annehmen und dadurch die Vertragsänderung herbeiführen will.

Natürlich darf der Unternehmer nicht so vorgehen, daß er das Eigentum am eingelieferten Material nach § 185 Abs. 1 BGB auf sich oder einen anderen überführt, ohne dabei das schuldrechtliche Angebot anzunehmen. Dann würde es nämlich beim Werkvertrag bleiben und der Kunde hätte weder einen Erfüllungsanspruch aus § 651 BGB, noch seinen Eigentums-

²¹⁾ Eck-Leonhard I, 529; André in Planck (3. Aufl.) Anm. 7 zu § 651 BGB; Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert (9. Aufl.) Anm. 4 zu § 651 BGB.

²²⁾ Der allgemeinen Übung folgend, verwende ich den Goldschmiedfall nur in seiner ersten Alternative, nämlich als Beispiel für den Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch.

²³⁾ Riezler S. 71 f; Windscheid-Kipp II § 401, 2, 2. Alternative.

²⁴⁾ Schuldrechtlicher Konstruktionsweg wie hier für Verwahrung Nipperdey in Staud. Anm. 14 zu § 700 BGB; Opitz Anm. 8, 9 zu § 13 DepotG.

²⁵⁾ vgl. die ähnliche Regelung in §§ 13 DepotG und 700 Abs. 1 Satz 2 BGB.

herausgabeanspruch nach § 985 BGB, sondern allenfalls einen Schadensersatzanspruch gegen den Unternehmer.

Die Verfügungsbefugnis des Unternehmers ist daher im Innenverhältnis in der Weise eingeschränkt, daß der Unternehmer verpflichtet ist, zugleich mit der Verfügung über das eingelieferte Material das schuldrechtliche Abänderungsangebot anzunehmen, um dem Kunden so den Erfüllungsanspruch aus § 651 BGB zu verschaffen. Diese Beschränkung äußert allerdings im Außenverhältnis keine Wirkung (§ 137 Satz 1 BGB); die Verfügung des Unternehmers bleibt wirksam, auch wenn sie gegen die vertragliche Beschränkung im Innenverhältnis verstößt.

Dagegen steht es dem Unternehmer frei, das schuldrechtliche Abänderungsangebot anzunehmen, ohne gleichzeitig über das eingelieferte Material zu verfügen. In diesem Fall tritt die Vertragsänderung ein, ohne daß sich an der Eigentumslage etwas ändert. Der Kunde bleibt vorerst Eigentümer des eingelieferten Materials und hat daneben den Erfüllungsanspruch aus § 651 BGB. Der Vertrag ist dann abgesehen von der bloßen Übergabe des Materials noch von keiner Seite erfüllt.

Beim Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch hat der Unternehmer infolgedessen die Möglichkeit, den Charakter des Werkvertrages durch einseitige Erklärung zu verändern, was aber nicht bedeutet, daß plötzlich zwei Verträge erzeugt würden. Vielmehr verwandelt sich der einheitliche Vertrag, der bisher ein Werkvertrag war, in einen einheitlichen (unregelmäßigen) Werklieferungsvertrag. Insofern ist der herrschenden Meinung²⁶⁾, die den Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch als einen einheitlichen Vertrag ansieht, zuzustimmen.

Damit aber ist nur erst eine Lösung für den Goldschmiedfall gefunden. Fraglich ist, ob diese Lösung auch auf industrielle Verhältnisse übertragen werden kann. Im Goldschmiedfall bestand die Möglichkeit, daß der Unternehmer tatsächlich das Material, welches der Kunde geliefert hatte, zur Herstellung des Werkes verwendete. Bei der Wahl des Vertragstyps war also die Möglichkeit zu beachten, daß es beim Werkvertrag, der stets ein einheitlicher Vertrag ist, bleiben werde.

Im Fall industrieller Lohnfertigung dagegen besteht diese Klammer nicht. Hier wird zumindest dann, wenn beide Parteien wissen, daß eine Vermischung und damit ein Austausch des Materials stattfinden werden, von Anfang an ein Werklieferungsvertrag geschlossen, bei dem die Leistung des Bestellers ganz oder zum Teil in geliefertem Stoff besteht (unregelmäßiger Werklieferungsvertrag). Ein solcher Vertrag kann immer aus zwei Verträgen bestehen: einem Kaufvertrag über das eingelieferte Material (§ 433

²⁶⁾ Windscheid-Kipp II § 401, 2; Riezler S. 70 ff; Crome II § 271; En-Lehmann § 156 II 1 b; Riedel und Kober in Staud. Anm. 11 zu § 651 BGB; Oertmann Anm. 2 c zu § 651 BGB; Denecke in BGB-RGRK Anm. 9 zu § 651 BGB.

BGB) und einem regelmäßigen Werklieferungsvertrag über das Erzeugnis (§ 651 BGB) unter gleichzeitiger Verrechnung der beiderseitigen Geldforderungen.

III. Kaufvertrag über das eingelieferte Material und regelmäßiger Werklieferungsvertrag über das Erzeugnis

Wenn man das Vorliegen der beiden genannten Verträge annimmt, so ist der Werklieferungsvertrag über das auszuliefernde Erzeugnis, wenn eine „vertretbare Sache“ hergestellt werden soll, im Grunde ein Kaufvertrag, § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB²⁷⁾. Es würden sich demnach bei jedem Umarbeitungsgeschäft zwei Kaufverträge gegenüberstehen. Daher muß die Frage der Abgrenzung von Doppelkauf und Tausch untersucht werden. Diese Frage ist in Kapitel B II b der Arbeit nur nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gelöst worden. Im vorliegenden geht es um die zivilrechtliche Einordnung.

Das gleiche Problem besteht auch, wenn nicht vertretbare Sachen hergestellt werden sollen. Der Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen ist dem Kaufvertrag nahe verwandt. An die Stelle einiger Vorschriften des Kaufrechts treten Vorschriften über den Werkvertrag, § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB. Hier würde es sich daher darum handeln, daß sich ein dem Kaufvertrag nahe verwandter Vertrag und ein Kaufvertrag gegenüberstehen. Auch dieses Vertragspaar muß gegenüber dem Tausch²⁸⁾ abgegrenzt werden.

a) Abgrenzung von Doppelkauf und Tausch

Doppelkauf und Tausch unterscheiden sich dadurch, daß bei einem Tausch die beiden Sachleistungen im synallagmatischen Verhältnis zueinander stehen²⁹⁾, während beim Doppelkauf jede der beiden Sachleistungen durch die Zahlung oder Aufrechnung des Kaufpreises, durch die Übernahme von Hypotheken usw. abgegolten wird³⁰⁾. Es genügt also nicht, daß zwei Kaufverträge nur durch eine Bedingung miteinander verknüpft sind. Die beiderseitigen Sachleistungen müssen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen (do, ut des).

²⁷⁾ vgl. Larenz II § 49 IV.

²⁸⁾ Das Wort Tausch verwende ich als Abkürzung für den unregelmäßigen Werklieferungsvertrag (Werklieferungsvertrag mit Sachvergütung).

²⁹⁾ Ballerstedt in Soergel-Siebert (9. Aufl.) Anm. 4 zu § 515 BGB; Esser § 110.

³⁰⁾ Beispiele in: RG JW 1905, 326 ff; RGZ 50, 285; RGZ 73, 88; KG OLG-Rspr. 9, 190; Bay. OLG Recht 1911 Nr. 2525.

Ist dieses Verhältnis von den Parteien gewollt, dann liegt ein Tausch vor, auch wenn die Parteien bestimmte „Tausch-, Ankaufs- oder Verkaufspreise“ vereinbart³¹⁾ oder gar die Form zweier selbständiger Kaufverträge gewählt haben³²⁾. Die „Tausch-, Ankaufs- oder Verkaufspreise“ haben dann nur die Funktion eines Bewertungsmaßstabes für die Berechnung des Wertausgleichs bei verschiedenwertigen Sachleistungen.

Dagegen ist es nicht denkbar, daß die Parteien den Abschluß zweier Kaufverträge gewollt haben, wenn die beiderseitigen Sachleistungen nur mengenmäßig ausgetauscht werden und eine Bewertung in Geld überhaupt nicht stattfinden soll. Denn die Vereinbarung eines Kaufpreises gehört zum Wesen des Kaufvertrages.

b) Frage der Bewertung der beiderseitigen Sachleistungen in Geld

1. Führung von Gewichtskonten

Wenn Gewichtskonten geführt werden, findet eine Bewertung der beiderseitigen Sachleistungen in Geld nicht statt³³⁾. Die Umarbeitungsverträge bestehen daher in diesem Fall nicht jeweils aus zwei Verträgen, sondern sind einheitliche Austauschverträge (unregelmäßige Werklieferungsverträge).

Wenn keine Gewichtskonten geführt werden, muß der Unternehmer die ein- und ausgelieferten Materialmengen in Geldeinheiten umrechnen. Wird dem Kunden dabei der Materialpreis nach einer feststehenden Bewertung berechnet, die sich nicht an den schwankenden Marktpreisen orientiert und die auch z. B. auf Heraufsetzung oder Herabsetzung des amtlichen Höchstpreises für Edelmetalle keine Rücksicht nimmt, so liegt nur eine rechnerische Umwandlung der Gewichtseinheiten in Geldeinheiten vor³⁴⁾. Der Unternehmer wählt für die Verbuchung der Materialmengen einfach anstelle der Bezeichnungen kg, g usw. die Bezeichnungen DM, Pf. Das Geld wird also nur in seiner Funktion als Rechnungseinheit, nicht aber als Wertmesser benutzt. Infolgedessen fehlt es an der wesentlichen Voraussetzung des Kaufvertrages, nämlich der echten Bewertung von Sachen in Geld. Die Umarbeitungsverträge sind daher auch in diesem Fall einheitliche Austauschverträge.

2. Absatzgeschäfte („Zukäufe auf Gewichtskonto“)

Wenn der Unternehmer dagegen seinen Kunden den vollen Preis des Produkts einschließlich der Materialkosten jeweils in der Höhe berechnet,

³¹⁾ RGZ 73, 88; Esser § 110; Oertmann in Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. IV, II. Abtl., S. 334 ff; Ballerstedt in Soergel-Siebert (9. Aufl.) Anm. 3 zu § 515 BGB.

³²⁾ RGZ 161, 1 f; RG JW 1898, 307.

³³⁾ vgl. B II b der Arbeit.

³⁴⁾ BFH BStBl. 1953 III, 347 f; BStBl. 1957 III, 331.

wie sie sich zur Zeit der Auslieferung aus den Preisen am Metallmarkt ergeben, liegen ein Kaufvertrag über das eingelieferte Material und ein regelmäßiger Werklieferungsvertrag über das auszuliefernde Erzeugnis unter gleichzeitiger Verrechnung der beiderseitigen Geldforderungen vor. Dieser Fall zählt aber nicht zu den Umarbeitungsgeschäften, denn der Werklieferungsvertrag ist für den Unternehmer ein Absatzgeschäft, das im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht behandelt wird ³⁵⁾.

Die sogenannten Zukäufe auf Gewichtskonten sind ebenfalls als Absatzgeschäfte anzusehen. Bei ihnen kauft der Kunde vom Unternehmer Gold, Silber oder andere Metalle, ohne sich das Metall sofort ausliefern zu lassen. Das Metall wird dem Kunden vielmehr auf Gewichtskonto gutgeschrieben und kann von dort jederzeit abgerufen werden ³⁶⁾.

3. Einkaufskommissionen („Vollpreisgeschäfte“)

Von den Zukäufen sind die sogenannten Vollpreisgeschäfte zu unterscheiden. Auch bei diesen Geschäften berechnet der Unternehmer den vollen Wert des Produkts einschließlich der Materialkosten. Die Besonderheit der Vollpreisgeschäfte liegt darin, daß der Unternehmer sich das Material bereits im Zeitpunkt der Auftragserteilung durch sogenannten Deckungskauf beschafft, um so das Risiko möglicher Metallpreisschwankungen zu vermeiden ³⁷⁾. Dem Kunden wird also nicht der Marktpreis, der zur Zeit der Auslieferung des Erzeugnisses gilt, berechnet. Berechnet wird vielmehr der Marktpreis, der bei Erteilung des Auftrags galt.

Die Metallmengen, die sich der Unternehmer am Tage der Auftragserteilung für die Durchführung des Auftrags beschafft, werden in der Gewichtsbuchhaltung häufig gleich auf dem Gewichtskonto des betreffenden Kunden, der den Auftrag erteilt hat, gutgeschrieben. Auch die Vollpreisgeschäfte laufen daher vielfach über Gewichtskonto. Sie sind ihrem wirtschaftlichen Sinn nach Umarbeitungsgeschäfte ³⁸⁾, fallen aber nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit, da eine Materialeinlieferung nicht stattfindet. Der Unternehmer beschafft das Metall vielmehr als Einkaufskommissionär für den Kunden, §§ 383 ff HGB.

³⁵⁾ vgl. A II der Arbeit.

³⁶⁾ Die „Zukäufe auf Gewichtskonto“ haben den Zweck, das Gewichtsguthaben des Kunden zu vergrößern, wenn der Kunde entweder Erzeugnisse beziehen will, für deren Herstellung der Unternehmer mehr Material benötigt als der Kunde eingeliefert hat, oder wenn der Unternehmer mit Metall in Vorlage getreten ist, der Kunde also gewichtsmäßig im Debet steht. Auf den Gewichtskonten werden somit auch Lieferverbindlichkeiten des Unternehmers verbucht, die nicht aus Umarbeitungsgeschäften, sondern aus reinen Kaufverträgen stammen.

³⁷⁾ BFH BStBl. 1961 III, 31 ff (35).

³⁸⁾ a. A. BFH a. a. O.

c) Saldierung der Gewichtsforderungen auf den Metallkonten

Der Annahme, die Umarbeitungsgeschäfte seien einheitliche Austauschverträge, könnte man entgegenhalten, daß sich auf den Gewichtskonten nicht feststellen lasse, auf welche Materialeinlieferung sich die Auslieferung eines Produkts beziehe. Um diesen Einwand zu veranschaulichen, sei folgendes Beispiel gebildet: Ein Juwelier liefert bei einer Scheideanstalt in einem Monat 10 Scheidgutposten ein, holt aber im gleichen Zeitraum nur fünfmal Feingold ab, und zwar jeweils in Mengen, die mit keiner der eingelierten Goldmengen übereinstimmen. In solchen Fällen läßt sich nicht sagen, auf welche Goldeinlieferung sich eine bestimmte Goldentnahme bezieht. Es läßt sich nicht einmal feststellen, ob nicht auch Gold aus „Zukäufen auf Gewichtskonto“ oder aus „Vollpreisgeschäften“ ausgeliefert wurde.

Dies rührt jedoch lediglich daher, daß die einzelnen Geschäftsvorfälle auf Konten zusammengefaßt werden. Infolge der kontomäßigen Registrierung braucht man Einlieferung und Auslieferung von Material nicht mehr in direkte Beziehung zueinander zu setzen. Dies ist aber keine Besonderheit der Gewichtskontenbuchführung. Auch die Auszahlungen von Geldkonten werden nicht auf eine bestimmte Einzahlung bezogen. Ein- und Auszahlungen werden am Ende saldiert. Der Saldo repräsentiert den richtigen Stand der Abwicklung der Einzelgeschäfte.

Selbst wenn die kontomäßige Abrechnung wie beim Kontokorrentverhältnis rechtliche Wirkungen äußert und die einzelnen Forderungen im Saldo zu einer neuen Forderung zusammenfließen, ändert dies nichts daran, daß einzelne Geschäfte vorgelegen haben.

Man kann also in dem oben angeführten Beispiel die 10 Einlieferungen und 5 Auslieferungen nicht schon deswegen, weil sie sich nicht einander zuordnen lassen, als 10 Ankäufe von Material und 5 Verkäufe von Produkten ansehen. Es handelt sich vielmehr um 10 einheitliche, bei der Einlieferung der Scheidgutposten geschlossene Umarbeitungsverträge, die durch 5 Auslieferungen sukzessive und nicht notwendig vollständig erfüllt sind.

d) Spezifikationsrecht des Kunden nach § 375 HGB analog

Ein weiterer Einwand gegen die Annahme, die Umarbeitungsgeschäfte seien einheitliche Verträge, kann sich daraus ergeben, daß der Kunde bei der Einlieferung von Material oft nicht festlegt, in welcher Form und Art ihm später die Erzeugnisse ausgeliefert werden sollen. Doch auch innerhalb eines einheitlichen Vertrages muß sich der Kunde hinsichtlich der Art und Form der auszuliefernden Erzeugnisse nicht festlegen. Der Kunde erwirbt den Erfüllungsanspruch aus § 651 BGB auf Auslieferung einer bestimmten Menge eines Metalls in „bearbeitetem Zustand“ bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. In diesem Zeitpunkt braucht noch nicht festzustehen, in welcher Form der Unternehmer seine Verbindlichkeit zu

erfüllen haben wird. Der Kunde hat dann ein Spezifikationsrecht. Da dieses Recht im Rahmen eines Werklieferungsvertrages besteht, ist § 375 HGB, der nur für Kaufverträge gilt, nicht direkt anwendbar. Aber man kann die Vorschrift wegen der großen Ähnlichkeit von Werklieferungs- und Kaufvertrag analog anwenden.

Damit sind die Einwände entkräftet, die sich bei industrieller Lohnfertigung gegen die Annahme eines einheitlichen Vertrages ergeben.

IV. Werklieferungsvertrag mit Sachvergütung (unregelmäßiger Werklieferungsvertrag)

Fraglich ist aber noch, ob die Umarbeitungsgeschäfte wirklich in allen Fällen als Werklieferungsverträge mit vollständiger oder teilweiser Sachvergütung aufgefaßt werden können. Denn nur wenn dem Kunden die Tatsache des Materialaustausches bekannt ist, geht der Wille beider Parteien von vornherein auf den Abschluß eines Werklieferungsvertrages.

Wenn ein Kunde nicht fest mit dem Metallaustausch rechnet, sondern nur die Möglichkeit eines solchen in Betracht zieht, so beabsichtigt er nicht von vornherein einen Austausch der Metalle, sondern gestattet den Austausch nur. In diesem Fall will er keinen Werklieferungsvertrag, sondern einen Werkvertrag abschließen. Der Kunde gibt allerdings mit der Gestattung des Materialaustausches ein Angebot zur Abänderung dieses Werkvertrages in einen Werklieferungsvertrag ab³⁹⁾.

Der Unternehmer weiß in der Regel, ob er das Material vermischen und ganz oder teilweise austauschen wird⁴⁰⁾. Wenn der Unternehmer das Material mit dem Willen, es zu vermischen und auszutauschen zur Umarbeitung annimmt, geht er sofort auf das schuldrechtliche Angebot des Kunden zur Abänderung des Werkvertrages ein. Damit führt er — anders als im Goldschmiedfall — schon bei der Einlieferung des Materials den Abschluß eines Werklieferungsvertrages herbei. Das auf den Abschluß des Werkvertrages gerichtete schuldrechtliche Angebot des Kunden kommt infolgedessen so, wie es abgegeben wurde, nicht zur Auswirkung. Die Rechtslage wird sofort durch das zweite — auf Abänderung des Werkvertrages gerichtete — Angebot modifiziert. Es liegt also von vornherein ein (unregelmäßiger) Werklieferungsvertrag vor.

Wenn ein Kunde sich keinerlei Gedanken über die Auswirkungen der Vermischung macht, ist zu fragen, ob in der bloßen Ablieferung eine Gestattung des Metallaustausches liegt. Wie in der Frage der Übereignung

³⁹⁾ vgl. C II b der Arbeit.

⁴⁰⁾ Wenn er das Material nicht vermischen und nicht austauschen will, liegt ein einfacher Werkvertrag vor, vgl. A III der Arbeit. Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind aber gerade die Fälle, in denen eine Vermischung eintritt.

müssen auch hier die gesamten Umstände berücksichtigt werden (§ 133 BGB).

Vertragstexte sind — wie dargelegt — meist nicht vorhanden. In den Umarbeitungsbedingungen oder Begleitschreiben läßt sich aus einem etwaigen Gebrauch der Worte „übergeben“, „liefern“, „zur Umarbeitung“ oder ähnlichen Formulierungen nicht entnehmen, ob der Materialaustausch gestattet sein soll oder nicht.

Da aber für den Verkehr Gold gleich Gold ist, kann man davon ausgehen, daß es den Kunden — von solchen Fällen wie dem der Witwe⁴¹⁾ abgesehen — in aller Regel gleichgültig ist, ob sie in dem ausgelieferten Erzeugnis ihr eigenes Material zurückerhalten oder ob ihr Material teilweise oder vollständig ausgetauscht wird. Somit ergibt sich, daß der mutmaßliche Wille jedes Kunden, der sein Material zur Umarbeitung abliefern, darauf gerichtet ist, den Materialaustausch und die Vermischung zu gestatten.

Nur in Fällen wie dem der Witwe besteht tatsächlich der Wille, nicht auf die Materialidentität zu verzichten. Da derartige Fälle aber kaum vorkommen und in allen anderen Fällen ein stillschweigender Verzicht auf die Wahrung der Materialidentität anzunehmen ist, liegt auch hier in der Ablieferung zur Umarbeitung eine Willenserklärung, die nach ihrem objektiven Gehalt einen Verzicht auf die Wahrung der Materialidentität darstellt. (Die Witwe kann ihre Erklärung allerdings nach § 119 BGB anfechten, da sie etwas erklärt hat, was sie nicht erklären wollte.)

Somit lassen sich alle Fälle einheitlich lösen. Wie bei beabsichtigtem Austausch kommt es auch bei lediglich gestattetem Austausch sofort zum Abschluß eines (unregelmäßigen) Werklieferungsvertrages. Die Umarbeitungsgeschäfte der Bunt- und Edelmetallindustrie sind daher in keinem Fall als Werkverträge mit gestattetem Stoffaustausch anzusehen, auch wenn der Lösungsweg in einigen Fällen über diese Vertragsfigur führt. Sie sind vielmehr Werklieferungsverträge mit vollständiger oder teilweiser Sachvergütung (§§ 651 i. V. m. 515 BGB) und als solche die moderne Form der *locatio conductio irregularis*.

V. Kombination von Werk- und unregelmäßigem Werklieferungsvertrag

Bisher⁴²⁾ habe ich die Umarbeitungsgeschäfte so behandelt, als fände ein vollständiger körperlicher Austausch der Metalle beim Unternehmer statt, als müsse der Unternehmer daher bei der Auslieferung des fertigen Erzeugnisses das volle Eigentum am Erzeugnis auf den Kunden übertragen. Das trifft aber, wie bereits bei der Frage der Übereignung darge-

⁴¹⁾ vgl. B II a der Arbeit.

⁴²⁾ in Kapitel B

legt wurde⁴³⁾, nur zu, wenn der Kunde nicht bereits teilweise Eigentümer des ausgelieferten Erzeugnisses ist. Der Kunde ist Eigentümer des Erzeugnisses, wenn und soweit Material aus seiner Einlieferung in das Erzeugnis gelangt ist (§§ 947, 948 BGB).

Die Annahme eines (unregelmäßigen) Werklieferungsvertrages, der den Eigentumswechsel bei den Umarbeitungsgeschäften erklärt, ist also nur erforderlich, soweit tatsächlich ein Eigentumswechsel stattfindet. Wenn ein Kunde schon Eigentümer des Goldes im ausgelieferten Fertigerzeugnis zum Bruchteil von 30 % ist, so muß ihm nur noch der fehlende Bruchteil von 70 % übertragen werden. Es liegt dann so, als hätte der Unternehmer einen Teil und der Kunde einen Teil des verarbeiteten Materials beschafft. In diesem Fall ist der abgeschlossene Vertrag als eine Kombination von Werkvertrag und Werklieferungsvertrag anzusehen⁴⁴⁾.

Daher ist zu fragen, inwieweit bei industrieller Lohnfertigung ein Materialaustausch stattfindet. Kommt man z. B. zu dem Ergebnis, daß stets ein vollständiger Materialaustausch vorliegt, so sind die Umarbeitungsgeschäfte in vollem Umfang (unregelmäßige) Werklieferungsverträge. Kommt man dagegen zu dem Ergebnis, daß dem Kunden in der Regel zu 50 % körperlich eigenes Material ausgeliefert wird, so ist jedes Umarbeitungsgeschäft zur Hälfte Werkvertrag, zur Hälfte (unregelmäßiger) Werklieferungsvertrag.

Dies hätte Bedeutung für die Frage des Gefahrübergangs. Beim Werkvertrag trägt der Besteller die Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung der zur Bearbeitung gegebenen Sache. Beim unregelmäßigen Werklieferungsvertrag dagegen ist hinsichtlich der Sachleistung des Kunden § 515 BGB heranzuziehen. Nach dieser Vorschrift finden die Bestimmungen über den Kaufvertrag Anwendung. Der Kunde hat also hinsichtlich der Übergabe und Übereignung des eingelieferten Materials die Stellung eines Verkäufers. Demnach ist § 446 Abs. 1 BGB auf die Einlieferung des Materials anwendbar.

Nach § 446 Abs. 1 BGB geht die Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung der Kaufsache schon vor der Übereignung im Zeitpunkt der Übergabe auf den Käufer über. Daher geht die Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung des eingelieferten Materials trotz Nichtübereignung mit der Einlieferung auf den Unternehmer über⁴⁵⁾, wenn und soweit ein Werklieferungsvertrag vorliegt.

Der ganze Streit, ob beim Werkvertrag mit gestattetem Stoffaustausch (Goldschmiedfall) die Gefahr schon bei der Einlieferung oder in einem

⁴³⁾ vgl. S. 20 der Arbeit.

⁴⁴⁾ En-Lehmann § 156 II 1 b.

⁴⁵⁾ § 447 BGB ist nicht anwendbar, denn die Einlieferung des Materials ist m. E. eine Bringschuld.

späteren Zeitpunkt auf den Unternehmer übergeht⁴⁶⁾, ist also müßig. Die Entscheidung hängt allein davon ab, wann der Goldschmied die Vertragsänderung und damit das Eingreifen des § 446 BGB im Einzelfall herbeiführt.

Da bei industrieller Lohnfertigung zumindest teilweise von vornherein ein Werklieferungsvertrag vorliegt, kommt insoweit § 446 BGB von Anfang an zur Anwendung. Anders als im Goldschmiedfall steht allerdings während der Umarbeitung das Verhältnis, in dem der Kunde am Ende tatsächlich als Eigentümer am ausgelieferten Produkt beteiligt ist, nicht fest. Bei der Einlieferung und auch während der Umarbeitung ist ungewiß, ob und in welcher Höhe ein Kunde an dem auszuliefernden Produkt als Eigentümer beteiligt sein wird. Man kann daher nur danach fragen, inwieweit die Umarbeitungsgeschäfte der Bunt- und Edelmetallindustrie generell zu einem Austausch des Materials führen.

Diese Frage könnte man theoretisch, also rein begrifflich erörtern. Doch würde man damit kaum an die Wirklichkeit der oft äußerst verwickelten mehrstufigen Fertigungsprozesse herankommen. Ich ziehe es daher vor, an einem konkreten Produktionsprozeß gewissermaßen empirisch den fortschreitenden Verlust der Materialidentität im Verlauf der Umarbeitung zu verfolgen. Dieses Verfahren hat zugleich auch den Vorteil, daß damit eine sichere Grundlage geschaffen wird für die spätere Erörterung der sachenrechtlichen Fragen.

Man hätte für diesen Zweck den Fertigungsprozeß bei einem Kupferwalzwerk, einer Schmuckwarenfabrik, einer Buntmetallraffinerie oder einem sonstigen Unternehmen der NE-Metallindustrie herausgreifen können. Am geeignetsten erscheint mir der Fertigungsprozeß bei den Scheideanstalten. Am Beispiel der Refination von Edelmetallen ist besonders gut die eigentliche Ursache der rechtlichen Schwierigkeiten, die hier erörtert werden, zu erkennen. Sie liegt in dem Einfluß einer Veränderung der technischen Fertigungsmethoden auf die rechtliche Beurteilung der Umarbeitung. Im Scheidegeschäft ist ein ganzer Gewerbebezweig von handwerklicher Einzelbearbeitung zu industrieller Lohnfertigung übergegangen, ohne daß sich dabei der wirtschaftliche Gehalt der abgeschlossenen Verträge geändert hätte. Geändert hat sich nur ihr rechtlicher Gehalt.

Die Scheideanstalten nehmen heute wie ehemals Scheidgut und Gekrätz ihrer Kunden an und bereiten es auf⁴⁷⁾. Als Scheidgut bezeichnet man

⁴⁶⁾ En-Lehmann § 156 II 1 b; a. A. Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert (9. Aufl.) Anm. 4 zu § 651 BGB; a. A. Mot. II, 477; Crome II § 271; André in Planck (3. Aufl.) Anm. 7 zu § 651 BGB; Riedel in Staud. Anm. 11 zu § 651 BGB; a. A. Riezler S. 71, Windscheid-Kipp II § 401, 2; a. A. Eck-Leonhard, S. 529; a. A. Oertmann Anm. 2 zu § 651 BGB.

⁴⁷⁾ „Degussa-Edelmetalle“ S. 1 ff. Dieser Schrift sind die folgenden technischen Ausführungen z. T. wörtlich entnommen.

metallische Abfälle, z. B. alte Münzen, unmodernen Schmuck, ausgedienten Zahnersatz oder technische Edelmetallwaren wie verbrauchte Kontakte. Unter Gekrätz versteht man edelmetallhaltige Abfälle, in denen Metalle mit Nichtmetallen vermengt sind, also z. B. Kehrriech aus Goldschmiedewerkstätten, nicht brauchbare Fotopapiere, Filme, Schlämme aus galvanischen Gold- und Silberbädern usw.

Die Materialposten der Kunden werden zunächst einzeln vorbehandelt, weil man den Edelmetallgehalt der Posten feststellen muß. Eine Scheideanstalt schmilzt daher das Scheidgut jedes einzelnen Kunden zu einem sogenannten „König“ ein. Aus dem „König“ werden zwei winzige Bohrproben entnommen und einer chemischen Analyse unterworfen. Auf Grund der Analysenergebnisse läßt sich der Edelmetallgehalt des Postens bestimmen.

Das sogenannte Gekrätz zermahlen die Scheideanstalten zu Pulver. Hierbei bleibt die Identität der einzelnen Kundenposten erhalten. Aus dem in Pulverform vorliegenden Gekrätzposten jedes Kunden werden zwei Proben für die chemische Analyse entnommen. Auf Grund der Analyse läßt sich der Edelmetallgehalt des Gekrätzpostens errechnen.

Erst wenn der Kunde dem Analyseergebnis innerhalb einer Frist, die in den Geschäftsbedingungen festgelegt ist, nicht widersprochen hat, wird der einzelne „König“ oder Gekrätzposten in den Raffinationsprozeß eingeführt. Der Abschluß des Umarbeitungsvertrages entfaltet daher bei Scheideanstalten seine endgültige Wirkung erst mit dem widerspruchslosen Ablauf der Frist. Bis dahin ist die Willenserklärung des Kunden auflösend bedingt, § 158 Abs. 2 BGB.

Früher wurde jeder Materialposten eines Kunden von Anfang bis Ende gesondert bearbeitet. Dem Kunden wurde die Edelmetallausbeute aus seinem Posten zurückgeliefert. Nach diesem — „Naturalcheidung“ genannten — Verfahren erhielt der Kunde also körperlich dasselbe Material, das er in Form der Abfälle eingeliefert hatte, zurück. Heute bereiten die Scheideanstalten die Materialposten nicht mehr einzeln auf. Sie vermischen sie und stellen sie zu größeren Durchlaufmengen zusammen. Daraus ergibt sich der Vorteil, daß die Fertigung nicht mehr auf die wechselnde Größe der Einzelposten, die zwischen einigen Gramm und mehreren Tonnen schwanken kann, jeweils erneut eingestellt zu werden braucht. Es ist möglich, die zahlreichen Einzelbearbeitungsprozesse, die bei der Naturalcheidung nebeneinander herliefen, zu einem einheitlichen Vorgang zusammenzufassen.

Derartige Rationalisierungsvorteile ergeben sich nicht nur bei den Scheideanstalten. Sie sind ein Kennzeichen industrieller Lohnfertigung gegenüber dem Verfahren der Einzelbearbeitung überhaupt. Man vergleiche nur den Goldschmiedfall und die heutige Schmuckwarenindustrie.

Bei Gekräzten müssen, will man die in ihnen enthaltenen Edelmetalle wiedergewinnen, zunächst die Nichtmetalle abgetrennt werden. Dafür

werden die in Pulverform vorliegenden Gekrätzmen gen verschiedener Einzelposten zu Mischpartien zusammengestellt, mit Zuschlagstoffen gemischt und brikettiert.

In den verwendeten Mischtrommeln, die jeweils mehrere Tonnen Gekrätz fassen, bleibt bei jedem Mischgang ein Rest der Mischfüllung hängen und gerät so in die nächste Mischung. Diese zurückbleibenden Restmengen schwanken nicht nur im Bruttogewicht, sondern je nach der Zusammensetzung der Trommelinhalte auch in ihrem Edelmetallgehalt. Die genaue Größe und Zusammensetzung der Restmengen wird nicht festgestellt, denn eine Untersuchung dieser Mengen würde den gesamten Fertigungsprozeß aufhalten und enorme Kosten verursachen.

Die Briketts werden in einer Art Hochofen, dem sogenannten Schachtofen, zusammen mit Koks, Bleioxyd (Bleiglätte) und schlackenbildenden Zuschlägen niedergeschmolzen. Durch Kohlenoxyd, welches sich aus dem Koks und eingeblasener Luft bildet, entsteht aus der Bleiglätte metallisches Blei, das sich am tiefsten Punkt des Ofens sammelt. Das flüssige Blei nimmt auf seinem Weg durch die Ofenbeschickung zur Ofensohle fast den ganzen Edelmetallinhalt mit sich. Von Zeit zu Zeit sticht man das unten im Schachtofen gesammelte „Reichblei“ ab und läßt es in Barrenform erkalten.

Der Schachtofen ist nicht kontinuierlich, sondern jeweils nur einige Tage in Betrieb. Während dieser Zeit — man spricht von einer „Kampagne“ — laufen mehrere Mischpartien, also der Inhalt mehrerer Mischtrommeln, durch den Ofen. Nach Beendigung der Kampagne wird der Schachtofen für einige Zeit stillgelegt und gereinigt. Edelmetallhaltige Schlacken und Nasen, die sich beim Abstechen des Reichbleis gebildet haben, werden abgeschlagen und dem Schmelzprozeß in der nächsten Kampagne wieder zugegeben. Ihr genauer Edelmetallgehalt wird nicht ermittelt.

Neben dem Reichblei fällt sogenannter Kupferstein an, in dem ganz geringfügige Mengen der Edelmetalle enthalten sind. Dieser Kupferstein wird an Buntmetallraffinerien weitergegeben, die die Aufbereitung für die Scheideanstalt vornehmen.

Scheidgut und vom Schachtofen kommendes Reichblei enthalten erhebliche Mengen Unedelmetalle wie Kupfer, Zink und Blei. Um diese von den Edelmetallen zu trennen, nutzt man die leichte Oxydierbarkeit der Unedelmetalle bei höheren Temperaturen sowie den niedrigen Schmelzpunkt des Bleioxyds und seine Fähigkeit, andere Unedelmetalloxyde aufzunehmen. Reichblei und Scheidgut werden daher in sogenannten Treiböfen eingeschmolzen.

Hierbei verlieren die in Form der „Könige“ vorliegenden Scheidgutposten, die erst jetzt in den Raffinationsprozeß eintreten, ihre Nämlichkeit (Identität). Auf die flüssige Metalloberfläche wird Luft geblasen. Es entstehen Bleioxyd und andere Oxyde, die sich zu Bleiglätte ineinander lösen; diese wird abgezogen. Die Edelmetalle oxydieren nicht, da die Temperaturen zu niedrig sind. Nach längerem „Treiben“ bleibt schließlich

eine silberreiche Legierung mit Gold, Platin- und Unedelmetallen, das „Blicksilber“ übrig. Dieses wird zu Barren vergossen.

Der Treibvorgang wird in der Regel solange fortgesetzt, bis die Reichbleibbarren aus einer Kampagne aufgebraucht sind. Weisen die Reichbleibbarren eine für das „Treiben“ ungünstige Zusammensetzung auf, so setzen die Scheideanstalten Edelmetalle aus eigenen Beständen zu.

Die im Blicksilber enthaltenen Edelmetalle werden auf elektrochemischem Weg voneinander geschieden. Zunächst wird in der Silberelektrolyse Rohsilber elektrochemisch gelöst und in Form von Kristallsilber an Kathoden aus nichtrostendem Stahl niedergeschlagen. Gold und Platinmetalle bleiben im Anodenschlamm.

Dieser Schlamm wird ausgewaschen, getrocknet und zu Anoden für die Goldelektrolyse vergossen. Unter bestimmten Bedingungen von Temperatur, Spannung und Stromdichte scheidet sich an Kathoden aus dünnem Feingoldblech reines Gold in schwammiger Form ab, das — ebenso wie das Kristallsilber — umgeschmolzen und zu Barren vergossen oder granuliert wird. Die Barren werden, wenn der Kunde dies wünscht, weiterverarbeitet zu Halbzeugen oder Fertigwaren.

Verfolgt man also den Weg des Goldes aus einer bestimmten Gekratzlieferung eines Kunden, so ergibt sich folgendes Bild: Das betreffende Gold wird in jedem Arbeitsgang mit immer weiteren Goldmengen, die aus den Anlieferungen anderer Kunden stammen, u. U. also mit dem Gold aus tausenden von Einzelposten vermischt. Infolge dieser fortschreitenden „Verdünnung“ ist es in den Barren, Halbzeugen oder Fertigprodukten, die am Ende der Umarbeitung stehen, nur noch in Spuren enthalten.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Kunde in der Regel Produkte erhält, in denen auch wirklich Spuren seines Materials vorhanden sind. Holt der Kunde das Erzeugnis nämlich ab, bevor sein Materialposten den Bearbeitungsprozeß durchlaufen hat, so kann in das Produkt kein Material aus seiner Einlieferung gelangt sein. Der Kunde erhält also in vollem Umfang körperlich anderes Material zurück.

Andererseits kommt es nicht nur vor, daß der Kunde die Produkte vorzeitig abholt, sondern auch, daß sie ihm erst in einem Zeitpunkt geliefert werden, in dem sein Materialposten den Bearbeitungsprozeß längst verlassen hat. In diesem Fall gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder das Material ist in Produkten, die anderen Kunden ausgeliefert wurden, bereits vollständig weggegeben. (Dann ist in dem ausgelieferten Erzeugnis ebenfalls nichts von dem Material des betreffenden Kunden enthalten.) Die andere Möglichkeit ist die, daß im Lager des Unternehmers noch Produkte vorhanden sind, in die Material des Kunden spurenweise gelangt ist. Aber auch hier ist es ungewiß, ob dem Kunden gerade ein solches Produkt ausgeliefert wird. Denn auf Lager liegen auch Barren, Halbzeuge und Fertigwaren, die aus früheren Durchläufen, also aus dem Material anderer Kunden, stammen.

Der Kunde erhält demnach nur dann Produkte mit Spuren seines Materials, wenn er 1. die Produkte in einem Zeitpunkt bekommt, in dem sein Materialposten die Fertigung durchlaufen hat, 2. wenn hinzukommt, daß die aus diesem Durchgang angefallenen Produkte noch nicht an andere Kunden ausgeliefert sind und 3. weiter hinzukommt, daß von den im Zeitpunkt der Abholung vorhandenen Produkten ihm zufällig solche mit Spuren seines Materials ausgeliefert werden. Eine derartige Häufung von Zufällen wird äußerst selten sein. In der Regel liegt daher ein vollständiger Materialaustausch vor.

Dies gilt im gleichen Maße auch für die anderen Beispiele aus der Bunt- und Edelmetallindustrie, da auch dort vielstufige Fertigungsprozesse vorliegen. Bei den Schmuckwarenfabriken, Kupferwalzwerken, Kabelfabriken usw. setzt die Vermischung der einzelnen Materialposten zudem schon früher ein als bei den Scheideanstalten. Die eingelieferten Materialposten brauchen dort nicht getrennt gelagert und vorbehandelt zu werden. Sie werden vielmehr meist gleich nach der Einlieferung durch gemeinschaftliche Lagerung vermengt. Dem Prozeß bei den Scheideanstalten sehr ähnlich dürften die Verhältnisse bei den Buntmetallraffinerien sein.

Damit führt die Abwicklung der Umarbeitungsgeschäfte im Bereich der Bunt- und Edelmetallindustrie in aller Regel zu einem vollständigen körperlichen Austausch des Materials. Der Kunde ist im Normalfall nicht bereits bruchteilmäßig Eigentümer der ihm ausgelieferten Erzeugnisse. Bei der Auslieferung muß der Unternehmer das Eigentum in vollem Umfang übertragen. Es liegt keine Kombination von Werkvertrag und unregelmäßigem Werklieferungsvertrag vor. Die Umarbeitungsgeschäfte sind in diesem Fall voll und ganz (unregelmäßige) Werklieferungsverträge.

Bei kleineren Betrieben und bei Betrieben, die nicht eine so hohe Zahl von Einzelposten verarbeiten wie Scheideanstalten, mag es vorkommen, daß das Material nicht vollständig ausgetauscht wird. Da bei Abschluß des Vertrages nicht feststeht, wie groß die eigenen Anteile des Kunden im ausgelieferten Erzeugnis sein werden, kann man in derartigen Fällen zunächst nur danach fragen, ob der Kunde in der Regel die Erzeugnisse vor dem Ende der Durchlaufzeit des Materials erhält. Diese Frage kann nur einheitlich für jedes Unternehmen beurteilt werden, da man beim einzelnen Vertrag nicht voraussehen kann, in welchem Zeitpunkt genau der Kunde Erzeugnisse abrufen wird.

Sollte sich bei der Beantwortung dieser Frage herausstellen, daß den Kunden Erzeugnisse in aller Regel erst nach dem Ende der Durchlaufzeit ausgeliefert werden, dann wäre weiter zu fragen, wie weit in dem betreffenden Betrieb durchschnittlich der Austausch des Materials geht. Auch hierbei kann man ebensowenig wie bei der Frage der Durchlaufzeit auf den Einzelvertrag abstellen, da bei Abschluß des Vertrages nicht feststeht, ob die Vermischung im Einzelfall zu einem vollständigen oder nur zu einem teilweisen Austausch des Materials führt.

Wenn sich dabei ergibt, daß regelmäßig nur Spuren eigenen Metalls im ausgelieferten Erzeugnis enthalten sind, dann ist ebenfalls anzunehmen, daß alle Umarbeitungsgeschäfte, die dieser Betrieb durchführt, (unregelmäßige) Werklieferungsverträge sind; denn die Rechtswissenschaft ist keine Naturwissenschaft. Eine spurenweise Beteiligung der Kunden an der Gefahrtragung wäre ohnehin für die Parteien nicht von Belang.

Wenn der Betrieb so klein oder die zur Bearbeitung gegebenen Posten so groß sind, daß dem Kunden regelmäßig beträchtliche Anteile eigenen Metalls ausgeliefert werden, so ist das einzelne Umarbeitungsgeschäft eine Kombination von Werk- und unregelmäßigem Werklieferungsvertrag. Wenn z. B. ein Kupferwalzwerk im wesentlichen Großaufträge abwickelt und seinen Kunden deswegen durchschnittlich 30 % des eingelieferten Materials körperlich im Produkt zurückliefert, so kommt eine Gefahrenverteilung im Verhältnis von 30 zu 70 in Betracht. Doch ist damit der Kern der schuldrechtlichen Problematik noch nicht erreicht.

VI. Kombination von Werkvertrag und Gemeinschaft nach Bruchteilen

Es fragt sich, wie die Gefahr verteilt sein soll, wenn alle Kunden eines Unternehmers das erforderliche Material in vollem Umfang stellen, wie es häufig nach dem Krieg vorkam. Der Unternehmer arbeitet dann, abgesehen vom Umlaufstock⁴⁸⁾, vollständig mit fremdem Material. Heute tritt diese Fallgestaltung nur noch auf, wenn sich ein Unternehmer auf die Durchführung von Umarbeitungsgeschäften spezialisiert hat.

Soll dieser Unternehmer die Gefahr ganz oder zum überwiegenden Teil tragen, obwohl doch das Material, das er verwendet, vollständig von seinen Kunden stammt und sich lediglich miteinander vermischt? Dazu sei folgendes Beispiel gebildet: Ein Goldschmied soll für drei Freunde, die jeder 100 g Gold einliefern aber nicht übereignen, je eine Kette herstellen. Beim Schmelzen vermischt er die drei Posten, womit sich die Freunde ausdrücklich einverstanden erklärt haben. Eigentümer der Gesamtmenge und jeder der aus ihr hergestellten Kette sind die drei Freunde jeweils zu einem Drittel (§§ 947, 948 BGB).

Zunächst ist zu prüfen, wie die Tatsache zu erklären ist, daß ein Kunde am Ende Eigentümer einer Kette ist, die zumindest teilweise aus körperlich anderem Metall besteht, als der Kunde eingeliefert hatte. Fraglich ist, ob dazu Übereignungsvorgänge im Verhältnis zwischen Kunden und Goldschmied sowie der Abschluß eines Werklieferungsvertrages angenommen werden müssen.

Man könnte zunächst an eine Auseinandersetzung der drei an jeder Kette beteiligten Miteigentümer nach den Regeln der Bruchteilsgemein-

⁴⁸⁾ vgl. G II der Arbeit.

schaft (§§ 741 ff BGB) denken. Doch wäre auf den Wegen, die das BGB vorschlägt, eine Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft an jeder Kette nur durch Teilung in Natur (§ 752 BGB) oder durch Verkauf und Teilung des Erlöses (§ 753 BGB) möglich, also unsinnig.

Weiter könnte man annehmen, daß die Kunden sich gegenseitig ihre Miteigentumsanteile nach § 929 Satz 2 BGB übertragen. Doch ist es unrealistisch, wenn man verlangen wollte, daß die drei Freunde sich zusammensetzen und die erforderlichen Übereignungserklärungen abgeben sollten.

Lebensnaher wäre die Annahme, daß die Kunden den Unternehmer nach § 164 BGB bevollmächtigt hätten, die erforderlichen Willenserklärungen für sie bei der Auslieferung der Ketten abzugeben. Der Unternehmer würde also dann dem zuerst belieferten Kunden im Namen der beiden übrigen an der Kette beteiligten Kunden deren Miteigentumsanteile übertragen.

Damit ließe sich befriedigend erklären, daß der Kunde am Ende Eigentümer eines körperlich anderen Stoffes ist, als er eingeliefert hatte. Für den Eigentumswechsel brauchte man nicht mehr die Figur des Werklieferungsvertrages heranzuziehen. Der Eigentumswechsel würde sich außerhalb des schuldrechtlichen Umarbeitungsvertrages abspielen und auf der Ebene der sachenrechtlichen Einigung zwischen Miteigentümern im Rahmen einer Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff BGB) liegen.

Der Unternehmer würde bei der Auseinandersetzung der Miteigentumsgemeinschaften behilflich sein, indem er die notwendigen Übereignungserklärungen für seine Kunden abgäbe. Man könnte hierin eine bloße Gefälligkeit (einen Kundendienst), einen Auftrag oder eine Nebenverpflichtung aus dem Umarbeitungsvertrag sehen.

Der Umarbeitungsvertrag selbst hätte in diesem Fall nur die Herbeiführung eines Arbeitserfolges, nämlich die Umarbeitung des Goldes ohne Rücksicht auf die Eigentumsfrage zum Gegenstand, wäre also ein Werkvertrag. Einen Verlust des in Arbeit befindlichen Goldklumpens müßten die Kunden als Eigentümer in ihrer Gesamtheit tragen.

Es ist aber zweifelhaft, ob dieser Lösungsweg für die Verhältnisse bei industrieller Lohnfertigung möglich ist. Hier kann der Eigentumswechsel nicht durch eine Einigung der Kunden untereinander erklärt werden; denn die Kunden kennen sich nicht und wollen sich mit der Auseinandersetzung einer möglicherweise entstehenden Miteigentumsgemeinschaft nicht befassen sehen.

Die Möglichkeit, daß der Unternehmer dem belieferten Kunden das Eigentum im Wege einer Vertretung der an dem Produkt beteiligten anderen Kunden überträgt, scheidet aus. Der Unternehmer handelt bei der Auslieferung eines Produkts nicht im Namen aller etwa an dem Produkt beteiligten Kunden. Weder er noch sonst jemand weiß, welche Kunden an dem jeweils ausgelieferten Produkt beteiligt sind.

Für die Erklärung des Eigentumswechsels kommt lediglich eine Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB in Betracht, auf Grund derer der Unternehmer über die Miteigentumsanteile der am ausgelieferten Produkt beteiligten Miteigentümer verfügen darf. Eine solche Ermächtigung ist in jedem Fall anzunehmen. Sie liegt darin, daß die Kunden dem Unternehmer die Vermischung gestatten und dabei wissen, daß der Unternehmer nicht für jede Veräußerung eines Erzeugnisses die Zustimmung aller daran etwa beteiligten Kunden (§ 747 Satz 2 BGB) einholen kann. Da die Kunden ihr Material in Kenntnis dieser Tatsache einliefern, verzichten sie darauf, bei der Veräußerung eines jeden Produkts, in das ihr Material gelangt ist, gefragt zu werden.

Bei industrieller Lohnfertigung würden die Kunden es aber von sich weisen, wenn man ihnen sagte, der Unternehmer erweise ihnen mit der Verschaffung des Eigentums nur einen „Kundendienst“ oder erfülle eine Nebenpflicht aus dem Umarbeitungsvertrag. Der Sinn der Umarbeitungsgeschäfte geht doch vielmehr dahin: Der Unternehmer soll das Material des Kunden umarbeiten und zurückliefern oder gleichartiges Material⁴⁹⁾ zurückliefern. Er darf mit dem Material des Kunden nach Belieben verfahren; er darf es vermischen, vernichten, verkaufen. Räumt der Kunde aber dem Unternehmer eine so weitgehende Verfügungsmacht über sein Material ein, dann wird er sich keinesfalls damit begnügen, daß der Unternehmer rechtlich gar nicht oder nur aus einer Nebenpflicht des Umarbeitungsvertrages verpflichtet sein soll, dem Kunden das Eigentum am ausgelieferten Erzeugnis zu verschaffen. Die Pflicht zur Übereignung des ausgelieferten Produkts ist daher bei industrieller Lohnfertigung nie eine bloße Gefälligkeit, die der Unternehmer seinen Kunden erweist, auch nicht etwa nur eine Nebenpflicht, sondern Hauptpflicht des Umarbeitungsvertrages (§ 651 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Unternehmer verschafft dem belieferten Kunden das Eigentum am Produkt, soweit das Produkt im Miteigentum anderer Kunden steht, durch Verfügung nach § 185 Abs. 1 BGB.

Die Vorstellung, daß ein Werkvertrag vorliege und daß sich der Eigentumswechsel im Rahmen einer Bruchteilsgemeinschaft nach den §§ 741 ff, 947, 948 BGB vollziehe, ist demnach bei industrieller Lohnfertigung nicht verwendbar. Hier ist für den Eigentumswechsel immer die Figur des (unregelmäßigen) Werklieferungsvertrages heranzuziehen. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Unternehmer sich auf die Durchführung von Umarbeitungsgeschäften spezialisiert hat oder nicht.

Die Umarbeitungsgeschäfte in der Bunt- und Edelmetallindustrie sind also, von der im Kapitel C V erörterten Ausnahme (des Kupferwalzwerks) abgesehen, unregelmäßige Werklieferungsverträge (§§ 651 i. V. m. 515 BGB).

⁴⁹⁾ — in bearbeitetem Zustand —

VII. Exkurs zur Frage der Verteilung der Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung des eingelieferten Materials

In Kapitel C V der Arbeit hatte ich festgestellt, daß die Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung des eingelieferten Materials nach § 446 BGB auf den Unternehmer übergeht. Dies bedeutet, daß der Unternehmer zur Leistung verpflichtet bleibt, auch wenn das vom Kunden eingelieferte Material durch Zufall untergeht oder beschädigt wird.

Hiervon zu trennen ist die Frage, ob die Leistungspflicht des Unternehmers unter Umständen auf Lieferung aus dem Material beschränkt ist, das sich bei ihm in Lagern, Werken und Produkten befindet. Wenn die Leistungspflicht des Unternehmers in einer solchen Weise nach Art einer beschränkten Gattungsschuld begrenzt ist, wird der Unternehmer ganz oder teilweise frei, wenn das bei ihm vorhandene Material durch Zufall ganz oder teilweise untergeht oder beschädigt wird (§§ 275, 279 BGB).

Während des Krieges und in der Nachkriegszeit waren die NE-Metalle größtenteils bewirtschaftet. Sie waren, auch soweit sie nicht bewirtschaftet waren, am Markt nicht ohne weiteres zu bekommen. Der Unternehmer konnte daher kein Material von dritter Seite hinzukaufen. Die Herstellung und Auslieferung von Produkten war nur möglich, wenn das Material von den Kunden in natura oder „in Form von Bezugsscheinen“ zur Verfügung gestellt wurde. Dies wußten die Kunden.

Die Parteien waren sich demnach darüber klar, daß die Liefermöglichkeit des Unternehmers auf Lieferungen aus den beim Unternehmer vorhandenen Beständen beschränkt war. Die Lieferung aus der Gattung wurde ganz oder teilweise unmöglich, wenn die gesamte beim Unternehmer vorhandene Materialmenge verloren ging oder unter die Summe aller Gewichtsguthaben sank. Wenn den Unternehmer an diesem Absinken kein Verschulden traf, wurde er von seiner Leistungspflicht ganz oder teilweise frei.

Anders verhält es sich dagegen in Zeiten, in denen die NE-Metalle wie heute ohne Schwierigkeiten am Markt erhältlich sind. Dann nämlich ist nicht anzunehmen, daß die Kunden mit einer Beschränkung der Gattungsschuld auf die beim Unternehmer vorhandenen Bestände einverstanden sind. Die Kunden erwarten, daß der Unternehmer sich die Metalle anderweitig beschafft, wenn die Bestände zufällig untergehen oder beschädigt werden. Der Unternehmer bleibt zur Leistung verpflichtet, auch wenn ihn kein Verschulden am Untergang des Materials trifft, § 279 BGB.

Ob durch die Einwirkungen eines künftigen Krieges eine Befreiung des Unternehmers unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Unzumutbar-

keit⁵⁰⁾ eintreten könnte, hängt ganz von den Umständen des Einzelfalls ab, ist daher Tatfrage und kann in der vorliegenden Arbeit nicht entschieden werden. Grundsätzlich jedenfalls liegt unter heutigen Umständen die Gefahr bei industrieller Lohnfertigung auf Seiten des Unternehmers.

Fraglich ist, inwieweit diese Rechtslage durch vertragliche Vereinbarung abgeändert werden kann. Eine vertragliche Beschränkung der Gattungsschuld auf die beim Unternehmer vorhandenen Materialmengen ist schwierig. Die Kunden werden sich nämlich mit einer solchen Beschränkung kaum einverstanden erklären, wenn sie nicht im Augenblick des Vertragsschlusses die Gewißheit haben, daß die Gesamtmenge der beim Unternehmer in Lagern, Werken und Produkten vorhandenen Materialbestände mindestens ebenso hoch ist wie die Summe aller Gewichtsguthaben. Wenn die Bestandsdecke im Augenblick des Vertragsschlusses zu kurz ist, könnte eine echte Beschränkung der Gattungsschuld den Umfang der Erfüllungspflicht des Unternehmers selbst von vornherein einschränken. Das aber wollen die Parteien nicht.

In heutiger Zeit ist es — anders als nach dem Krieg — keineswegs gewiß, daß die Materialmengen beim Unternehmer immer zur Deckung aller Gewichtsguthaben ausreichen. Der Unternehmer kann Material von dritter Seite zukaufen, sobald ihm etwas fehlt. Er wird daher keine Bedenken haben, auch Kunden zu beliefern, die kein Material gestellt haben. Dadurch kann es leicht geschehen, daß die Materialvorräte unter die Summe aller Gewichtsguthaben absinken.

Der Unternehmer wird demnach die Zustimmung seiner Kunden zu einer vertraglichen Beschränkung der Gattungsschuld auf die vorhandenen Bestände nur erreichen, wenn er in dieser Vereinbarung „garantiert“, daß die Materialmengen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht unter der Summe aller Gewichtsguthaben liegen. Wenn er eine solche Erklärung in jedem Umarbeitungsvertrag abgibt, verpflichtet er sich, die bei ihm vorhandenen Materialmengen nie unter die Summe aller Gewichtsguthaben absinken zu lassen.

Erreicht der Unternehmer die Zustimmung seiner Kunden zu der vertraglichen Beschränkung der Gattungsschuld, ohne eine Garantieerklärung abzugeben, so ist fraglich, wie sich eine solche „Beschränkung“ auswirkt. Meiner Ansicht nach tritt die Beschränkung der Gattungsschuld nicht ein, da der Unternehmer nach dem Inhalt des Umarbeitungsvertrages zur Leistung in vollem Umfang verpflichtet ist, auch wenn die Materialmengen im Augenblick des Vertragsschlusses unter der Summe der Gewichtsguthaben liegen.

⁵⁰⁾ vgl. zu diesem Begriff Larenz I § 20 I; Esser § 77, 4; Dankelmann in Palandt (22. Aufl.) Anm. 1 b, 4 zu § 275, Anm. 2 zu § 279 BGB; Werner in Staud. Anm. 2 und 4 zu § 275 BGB; Schmidt in Soergel-Siebert Anm. 3 zu § 279 BGB; Nastelski in BGB-RGRK Anm. 4 zu § 279 BGB; Groepper in Ermann Anm. 2, 6 a zu § 279 BGB; RGZ 57, 116; 107, 156 (158).

Eine Beschränkung der Gattungsschuld tritt auch dann nicht ein, wenn die Garantieerklärung vom Unternehmer zwar bei Vertragsschluß abgegeben wird, aber nicht der Wirklichkeit entspricht. Der Unternehmer haftet dann aus seinem Garantieverprechen und aus dem Umarbeitungsvertrag.

Die vertragliche Beschränkung der Gattungsschuld entfaltet daher ihre Wirkung nur, wenn die in den Lagern, Werken und Produkten beim Unternehmer vorhandenen Materialbestände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht unter der Summe aller Gewichtsguthaben liegen. Da der Unternehmer dauernd Verträge schließt, kann er also die Wirksamkeit einer vertraglichen Beschränkung der Gattungsschuld nur erreichen, wenn er die Materialmengen in keinem Augenblick unter die Summe aller Gewichtsguthaben absinken läßt.

Dieser Konsequenz läßt sich allerdings ausweichen, wenn der Übergang der Gefahr durch einen vertraglichen Ausschluß des § 446 Abs. 1 BGB verhindert werden kann. § 446 Abs. 1 BGB bestimmt, daß die Gefahr nicht erst im Augenblick der Übereignung, sondern schon im Zeitpunkt der Übergabe auf den Käufer — hier also den Unternehmer — übergeht. Der Kunde kann (wie ein Verkäufer) auf diesen Vorteil verzichten.

Dann bleibt es bei der allgemeinen Regelung: Der Kunde verliert seinen Anspruch auf die Gegenleistung, wenn die ihm obliegende Leistung unmöglich wird (§ 323 Abs. 1 BGB). Als Leistung kommt hier die noch ausstehende Übereignung des eingelieferten Materials in Betracht. Voraussetzung ist allerdings, daß dem Kunden die Erbringung dieser Leistung noch obliegt.

Fraglich ist, worin bei den Umarbeitungsgeschäften die Erfüllung von seiten des Kunden liegt. Muß der Kunde das Material tatsächlich übereignen oder genügt es, wenn er es dem Unternehmer übergibt und ihm überläßt, das Eigentum nach § 185 Abs. 1 BGB auf sich oder einen Dritten zu übertragen? Diese Frage kann hier noch nicht entschieden, sondern erst geprüft werden, wenn feststeht, ob eine Übereignung „des“ eingelieferten Materials in einem späteren Zeitpunkt überhaupt noch möglich ist. Die Frage, wie sich ein vertraglicher Ausschluß des § 446 Abs. 1 BGB auswirkt, muß daher vorerst zurückgestellt werden ⁵¹⁾.

⁵¹⁾ Lösung der Frage in D I e der Arbeit, S. 60 f.

D. Dingliche Rechtslage

I. Miteigentum kraft Vermischung

Da der Kunde zunächst Eigentümer des eingelieferten Materialpostens bleibt und, wenn sich der Posten mit anderen Materialmengen im Verlauf der Umarbeitung vermischt, Miteigentümer dieser Materialmengen nach §§ 947, 948 BGB wird, muß man feststellen, mit welchen Mengen sich das Material beim Unternehmer vermischt. Auch diese Frage soll nicht abstrakt, sondern am praktischen Beispiel durchgeprüft werden. Da der Produktionsprozeß bei einer Scheideanstalt bereits geschildert wurde, liegt es nahe, ihn auch hier als Modellfall zu verwenden.

Für die Erörterung der dinglichen Rechtslage gibt es zwei Wege. Entweder man verfolgt einen bestimmten Materialposten eines Kunden auf seinen verschiedenen Stationen während des Bearbeitungsprozesses. Man erhält dann für jede Station das Bild der dinglichen Rechtslage. Wenn man diese Bilder zusammensetzt, ergibt sich die rechtliche Beurteilung des Produktionsablaufs in seiner zeitlichen Veränderung.

Oder man geht folgendermaßen vor: Man legt in einem bestimmten Zeitpunkt einen Schnitt durch das gesamte Unternehmen und prüft, wie sich die dingliche Rechtslage bis zu diesem Zeitpunkt in den verschiedenen Stationen des Fertigungsprozesses entwickelt hat. Damit entsteht blitzlichtartig ein Gesamtbild der dinglichen Rechtslage für alle Materialposten, die sich zu dieser Zeit in Bearbeitung befinden.

Ich ziehe den zweiten Weg vor, weil er eine klarere Darstellung und zugleich die Lösung einer praktischen Frage ermöglicht, nämlich wie eine Auseinandersetzung der Kunden im Konkurs des Unternehmers zu bewerkstelligen ist.

Als Arbeitshypothese soll daher angenommen werden, eine Scheideanstalt sei am 1. Juni 1964 in Konkurs geraten. Die Kunden A, B, C, D usw. verlangen Auslieferung ihres vollen Gewichtsguthabens.

a) Lagerung und Vorbehandlung der Materialposten

Unproblematisch ist der Fall, daß ein Kunde Gekrätz zur Scheidung angeliefert hat und der Posten am Stichtag noch deutlich unterscheidbar vorhanden ist. Diesen Posten kann der Kunde aussondern. Im Fall der Einzelzwangsvollstreckung eines Gläubigers hat der Kunde das Interventionsrecht nach § 771 ZPO. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Kunde dem Unternehmer für die Auslieferung von Produkten oder als Umarbeitungslohn bereits einen Bruchteil des Materials übereignet hatte.

b) Erste Verarbeitungsstufe (Mischtrommel)

Schwieriger wird die Frage, sobald die Vermischung einsetzt. Z. B. sei angenommen, daß der Kunde B Gekrätz angeliefert habe. Sein Posten soll sich am Stichtag in der Mischtrommel zusammen mit den Gekrätzposten von 30 anderen Kunden befinden.

Da in der Trommel bei jeder Entleerung Reste des Mischproduktes hängenbleiben, sind nicht nur die Goldmengen, die in den Einzelposten des B und der 30 anderen Kunden enthalten waren, untereinander vermischt. Diese Goldmengen sind vielmehr auch mit dem Gold vermischt, welches vom letzten Mischgang hängengeblieben war.

Die Vermischung des Goldes ist untrennbar. B und die anderen 30 Kunden sowie die Eigentümer des vom letzten Mischgang zurückgebliebenen Restes sind nach §§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 1 BGB Miteigentümer der in der Trommel vorhandenen Gesamtgoldmenge geworden¹⁾. Ihre Anteile bestimmen sich nach den Gewichtsverhältnissen der vermischten Goldmengen. Die dem B gebührende Goldmenge läßt sich anhand der Gewichtsgutschrift feststellen. B und seine 30 „Mitkunden“ können daher ihre Miteigentumsanteile an dem Gold in der Mischtrommel gemäß §§ 43, 16 KO aussondern. Im Fall der Einzelzwangsvollstreckung haben sie das Interventionsrecht nach § 771 ZPO.

Ändern kann sich das gefundene Ergebnis, wenn man annimmt, die 30 anderen Posten stammten nicht von 30 verschiedenen, sondern von einem einzigen anderen Kunden Z. Die damit verbundene Frage ist nicht nur für die Vermischung in der Trommel, sondern für jede der folgenden Bearbeitungsstufen von Bedeutung. Auf jeder Stufe nämlich wird das Gold des B mit immer weiteren und größeren Goldmengen anderer Kunden und der Scheideanstalt vermischt. Die weiteren Goldmengen sind der Menge des B zahlenmäßig schließlich so weit überlegen, daß man auf den Gedanken kommen könnte, die große Menge sei im Verhältnis zu der Menge des B die Hauptsache im Sinn des § 947 Abs. 2 BGB. Daraus würde folgen, daß der Eigentümer der Hauptmenge auch das Eigentum an der Menge des B erwirbt.

Fraglich ist, ob man die mengenmäßig überlegene Goldmenge als die Hauptsache ansehen kann. Die rein zahlenmäßige Überlegenheit soll nach der Ansicht von Wolff-Raiser²⁾, Windscheid-Kipp³⁾, Brodmann⁴⁾ und Lent-Schwab⁵⁾ genügen, um eine Sache zur Hauptsache zu machen. Die

¹⁾ § 950 BGB findet in der Regel keine Anwendung, da bei Bunt- und Edelmetallen der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes, vgl. auch Herting BB 1961, 787.

²⁾ Wolff-Raiser § 72 III 1, 3.

³⁾ Windscheid-Kipp I § 190, 3.

⁴⁾ Brodmann in Planck (5. Aufl.) Anm. 2 b zu § 947 BGB.

⁵⁾ Lent-Schwab § 35 IV.

überwiegende Meinung ⁶⁾ ist hingegen der Ansicht, daß die bloß mengenmäßige Überlegenheit nicht genüge.

Eine Aufteilung der Gesamtmenge ist allerdings nicht immer ganz einfach, worauf schon Goldberger ⁷⁾ für den Fall wechselnder Kassenbestände hingewiesen hat. Goldberger will deswegen für Geld auf die Verkehrsauffassung abstellen und u. U. sogar die kleinere Geldmenge als Hauptsache ansehen. Aber eine Verkehrsauffassung, die dahin ginge, daß eine der Metallmengen bei Umarbeitungsgeschäften als Hauptsache anzusehen sei, besteht nicht ⁸⁾.

Westermann ⁹⁾ führt aus, § 947 Abs. 2 BGB bezwecke die Erhaltung der wirtschaftlichen Einheit einer Sache. Die Vorschrift könne daher ihrem Grundgedanken nach nicht angewendet werden, wenn sich eine Sache ohne Verminderung ihres Wertes in gleichartige Teile zerlegen lasse. Dieser Begründung der überwiegenden Meinung ist zuzustimmen. Bei bloß zahlenmäßiger Überlegenheit eines gleichartigen Stoffes läßt sich die Gesamtmenge immer ohne Wertverlust aufteilen. Ein Grund für ungeteilte Erhaltung der Gesamtmenge im Eigentum einer Einzelperson besteht nicht.

Das Gold des Z ist daher nicht als die Hauptsache anzusehen. B ist auch, wenn alles übrige Gold von einem einzigen Kunden stammt, Miteigentümer der in der Trommel vorhandenen Goldmenge.

c) Zweite Verarbeitungsstufe (Brikettierung)

Weiter sei angenommen, der Kunde C habe Gekrätz geliefert. Sein Posten sei am 28. Mai — einen Mischgang vor der Verarbeitung des Postens des B in der gleichen Trommel — mit den Posten von 25 anderen Kunden gemischt und dann brikettiert worden. Am Tag des Konkurses seien die Briketts deutlich unterscheidbar vorhanden. Dann lassen sich die Miteigentumsanteile des C sowie die Miteigentumsanteile seiner 25 „Mikunden“ errechnen, da man den Goldinhalt der vorhandenen Briketts mittels chemischer Analyse feststellen kann. Eine Aussonderung der Anteile ist möglich, das Interventionsrecht nach § 771 ZPO gegeben. Schwierig wird die Bestimmung der Miteigentumsanteile allerdings in der nächsten Verarbeitungsstufe.

⁶⁾ Westermann § 52 III a; Endemann II, 1. Abt., § 83 Anm. 19; Friedländer Seuff. Bl. Erg. Bd. 15, 389; Berg in Staud. Anm. 1 zu § 948 BGB; Johannsen in BGB-RGRK Anm. 6 zu § 948 BGB; Biermann Anm. 3 zu § 948 BGB; Hoche in Palandt (22. Aufl.) Anm. 1 zu § 948 BGB; RG DJZ 1905, 459 f; RG Gruchot 68, 521 f.

⁷⁾ Goldberger Seuff. Bl. 72, 635 f.

⁸⁾ vgl. auch RG DJZ 1905, 460.

⁹⁾ Westermann § 52 III a.

d) Dritte Verarbeitungsstufe (Schachtofen)

Es sei angenommen, D habe Gekrätz angeliefert. Sein Posten sei am 20. Mai — einen Mischgang vor der Verarbeitung des Postens des C in der gleichen Trommel — zusammen mit den Posten anderer Kunden gemischt und brikettiert worden. Die Briketts seien in der „Kampagne“ vom 22. — 29. Mai, zusammen mit Briketts aus anderen Mischtrommeln, zur Beschickung des Schachtofens verwendet worden. Am 1. Juni, dem Konkursstichtag, seien aus dieser „Kampagne“ 300 Reichbleibarren vorhanden.

Diese Barren enthalten dann aber nicht das gesamte Gold aus den Briketts, die während der „Kampagne“ verarbeitet worden waren. Denn ein Teil dieses Goldes befindet sich in der Schlacke, den Tropfen und Nasen, die der nächsten Kampagne wieder zugesetzt worden wären, sowie in dem sogenannten Kupferstein.

Da der Schachtofen während der Kampagne mit mehreren Mischpartien, also mit den Briketts aus verschiedenen Mischtrommelfüllungen, beschickt worden ist, haben sich diese Mischpartien untereinander und mit den Rückständen aus der vorangegangenen Kampagne vermischt. Hierin liegt ein ganz ähnlicher Vorgang wie bei der Beschickung der Mischtrommel. Gegenstand der Vermischung sind hier nicht mehr die Einzelposten der Kunden, sondern die sich bereits aus Einzelposten zusammensetzenden Mischpartien.

Fraglich ist, ob die Goldmenge, die in einem Reichbleibarren enthalten ist, Gegenstand einer besonderen Miteigentumsgemeinschaft sein kann. Nach den §§ 93, 947 Abs. 1 BGB sind an wesentlichen Bestandteilen einer Sache keine Sonderrechte möglich. Die Miteigentumsgemeinschaft am Gold im Reichbleibarren würde den Miteigentümern Sonderrechte an diesem Gold verleihen. Es fragt sich daher, ob die Goldmenge im Reichbleibarren wesentlicher Bestandteil des Reichbleibarrens ist.

Der Reichbleibarren ist ein Zwischenprodukt im Raffinationsprozeß. Er eignet sich noch nicht zum Verkauf oder zur Auslieferung an Kunden. Die Goldmenge, die in ihm enthalten ist, kann daher jederzeit von den anderen Stoffen, die ebenfalls in ihm enthalten sind, getrennt werden, ohne daß das Gold oder die anderen Stoffe „zerstört oder in ihrem Wesen verändert“ würden. Die Goldmenge ist demnach nicht wesentlicher Bestandteil des Reichbleibarrens. Sie kann Gegenstand einer besonderen Miteigentumsgemeinschaft sein.

1. Rechnerische Unbestimmbarkeit der Miteigentumsanteile

In der Mischtrommel und bei der Brikettierung ließen sich die Eigentumsverhältnisse noch auseinanderhalten, weil man auf das Produkt der Mischung (die Briketts) am Konkursstichtag körperlich zurückgreifen konnte. Beim Schachtofen ist das nicht mehr der Fall. Hier läßt sich zwar der Goldinhalt der vorhandenen Reichbleibarren und Rückstände feststellen.

Um aber sagen zu können, zu welchen Anteilen das darin enthaltene Gold den beteiligten Kunden gehört, müßte man ermitteln können, wie groß der Miteigentumsanteil jedes Kunden an den zur Beschickung verwendeten Briketts war.

Dies ließe sich einigermaßen genau nur feststellen, wenn von der Scheideanstalt eine Stoffbilanz in der von Teworte¹⁰⁾ skizzierten Weise geführt würde. Derartige Stoffbilanzen sind gedacht für Betriebe, in denen ein Rohstoff über Zwischenlager den Produktionsbetrieben zulauft. Sie sollen der Betriebsleitung die Feststellung ermöglichen, an welchen Stellen des Produktionsprozesses Verluste durch Abgas, Staub, Wasser oder menschliche Schwächen auftreten. Jedes Zwischenprodukt muß dabei auf seinem Weg von einer Produktionsstufe zur anderen mengenmäßig genau registriert und auf seinen Feinmetallgehalt hin analysiert werden.

Wird dieses Verfahren konsequent bei jeder Produktionsstufe durchgeführt, dann läßt sich am Ende annähernd genau sagen, durch welche Zwischenprodukte ein bestimmter Posten früher einmal gelaufen ist. Man muß dabei jedoch den gesamten Produktionsprozeß rückwärts aufrollen, was schon für die Verfolgung des körperlichen Weges eines einzelnen Postens große Kosten verursachen würde.

Teworte meint zwar, daß die Kosten für eine Stoffbilanzierung nicht allzu hoch seien. Dies sieht er aber vom technischen Standpunkt. Dem Ingenieur kommt es nicht auf die Nämlichkeit (Identität) der Einzelposten, sondern nur darauf an, etwaige Reibungsverluste der Produktion aufzudecken. Auch nach dem von Teworte skizzierten System wird niemals der Posten eines einzelnen Kunden von der Einlieferung bis in das Fertigprodukt verfolgt.

Wenn Aufzeichnungen über die jeweiligen Durchlaufmengen auf den einzelnen Bearbeitungsstufen nicht gemacht werden, läßt sich im nachhinein, auch wenn man zur Aufwendung der Kosten bereit ist, nicht feststellen, in welchen Teilmengen des Gesamtivrats ein bestimmter Kundenposten einmal vorhanden war. Man muß daher fragen, ob sich das Material aus diesem Kundenposten überhaupt noch von den Gesamtbeständen trennen läßt. Das Material könnte sich untrennbar mit diesen Beständen in ihrer Gesamtheit vermischt haben. Dann wäre der Kunde Miteigentümer der Gesamtbestände dieser Materialart beim Unternehmer¹¹⁾. Es fragt sich, ob dies der Fall ist.

Wenn die Mischtrommel am Konkursstichtag geöffnet wird, steht fest, daß die darin vorhandenen Einzelposten noch nicht über die Produktionsstufe der Mischtrommel hinaus gelangt sind. In der Mischtrommel findet bei einer Scheideanstalt der erste Vermischungsvorgang statt; er läßt sich mit der Einlagerung des Materialpostens bei anderen Unternehmen ver-

¹⁰⁾ Teworte Erzmetall 1953, 161 ff.

¹¹⁾ so m. E. Herting BB 1961, 786 f.

gleichen. Ist z. B. bei einer Kabelfabrik Material am Tag des Konkurs-
eintritts ins Lager gelangt und wurden dann keine Metalle mehr aus dem
Lager entnommen, so steht fest, daß der betreffende Kundenposten sich
körperlich im Lager befindet.

Das gleiche gilt für die Briketts, wenn der Posten eines Kunden am
Konkursstichtag höchstens bis zu dieser Bearbeitungsstufe gelaufen sein
kann. Dann nämlich ist noch nicht die geringste Menge des Goldes in die
Reichblei-, Blicksilber- oder Feingoldbarren gelangt, die am Konkursstichtag
auf Lager liegen. Man kann also negativ gewisse Bestände, in die das
Metall eines Kunden noch nicht gelangt ist, abgrenzen. Mit diesen Bestän-
den hat sich das Metall des Kunden am Konkursstichtag noch nicht un-
trennbar vermischt.

Positiv wird sich in den meisten Fällen allerdings nicht genau feststellen
lassen, in welche der in Frage kommenden Teilmengen der Posten eines
Kunden gelangt ist. Man wird allenfalls sagen können, daß der Posten,
wenn er z. B. bis in die Kampagne im Schachtofen gelangt ist, zum über-
wiegenden Teil in den daraus gewonnenen Reichbleibarren enthalten sein
wird. Aber ein Teil des Goldes aus diesem Posten befindet sich z. B. auch
noch in den Briketts, die am Konkursstichtag körperlich vorhanden sind.
Ein ganz geringer Rest des Goldes ist sogar noch in der Mischtrommel
vorhanden. Insoweit lassen sich daher nur Schätzungen anstellen.

2. Rechtliche Folgen der Unbestimmbarkeit

Die Frage, wie die Eigentumsverhältnisse zu beurteilen seien, wenn sich
die Quoten nicht bestimmen lassen, ist streitig. Leiss¹²⁾ will dem Besitzer
der Gesamtmenge — also dem Unternehmer — das Alleineigentum zu-
sprechen. Der Besitz sei in unserem Sachenrecht von so ausschlaggebender
Bedeutung, daß er, wenn die Eigentumsregeln versagten, den Ausschlag
geben müsse. Der Partner, der sein dingliches Recht damit verliere, habe
Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Die Meinung, der Besitzer erwerbe das Alleineigentum, ist weiter von
Hoche in Palandt bis zur 17. Auflage¹³⁾ und von Endemann¹⁴⁾ vertreten
worden. Im Ergebnis gelangen auch Berg¹⁵⁾ und Oechßler¹⁶⁾ zu ihr. Beide
drücken sich jedoch vorsichtiger aus. Berg spricht davon, daß der Eigen-
tumsanspruch nicht mehr „durchführbar“ sei, Oechßler von einer „Vermu-
tung“ für Alleineigentum des Besitzers. Sie billigen dem Partner Bereiche-
rungsansprüche zu, nehmen also an, daß der Besitzer um ein „kondizier-
bares Etwas“ bereichert sei.

¹²⁾ Leiss Anm. zu BGH JZ 1959, 24.

¹³⁾ Hoche in Palandt (17. Aufl.) Anm. 1 zu § 948 BGB.

¹⁴⁾ Endemann II, 1. Abt., § 83 Nr. 3, Anm. 19.

¹⁵⁾ Berg in Staud. Anm. 5 und 6 zu § 948 BGB.

¹⁶⁾ Oechßler in Soergel-Siebert Anm. 2 zu § 948 BGB.

Dieses „Etwas“ könnte der Besitz sein, wenn er ohne rechtlichen Grund erlangt ist. Aber Berg und Oechßler wollen ihre Lösung sicher nicht auf die Möglichkeit des unrechtmäßigen Besitzes beschränkt wissen, sondern gerade auch den Fall treffen, daß der rechtmäßige Besitzer nicht abgrenzbare fremde Mengen vermischt. Der rechtmäßige Besitzer ist aber nur dann ohne rechtlichen Grund bereichert, wenn er durch die Vermischung Alleineigentum am gesamten Vorrat erworben hat.

Der Bundesgerichtshof hat sich in seiner Entscheidung BGH NJW 1958, 1534¹⁷⁾ gegen die Ansicht, der Besitzer werde Alleineigentümer, gewandt. Der BGH führt aus, die Bestimmbarkeit der Miteigentumsanteile gehöre nicht zu den Voraussetzungen für die Entstehung von Miteigentum durch Vermischung. Es genüge, daß die Sachen verschiedener Eigentümer untrennbar miteinander vermischt seien; die Höhe der Miteigentumsanteile sei lediglich eine Frage der Tatsachenermittlung.

Dieser Ansicht hat sich Hoche¹⁸⁾ angeschlossen. Sie wird weiter von Johannsen¹⁹⁾, Hefermehl²⁰⁾ und wurde früher bereits von Brodmann²¹⁾, Peters²²⁾ und Raape²³⁾ vertreten. Wolff-Raiser²⁴⁾, Westermann²⁵⁾ und Flume²⁶⁾ gehen bei ihren Erörterungen zu § 742 BGB im Grundsatz ebenfalls von der dargelegten Meinung aus, die damit als die heute herrschende bezeichnet werden kann. Ihr ist aus den vom Bundesgerichtshof angeführten Gründen zuzustimmen.

Die Aussonderung der Anteile, also die Aufhebung und Teilung der Miteigentumsgemeinschaften, ist aber nur möglich, wenn man weiß, in welchem Verhältnis geteilt werden soll. Das Verhältnis kann sich aus § 742 BGB ergeben. Nach dieser Vorschrift ist im Zweifel anzunehmen, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen. Die Anwendbarkeit des § 742 BGB auf Eigentumsgemeinschaften aus Vermischung ist umstritten. Für die Anwendung des § 742 BGB sind Westermann a. a. O. und Flume a. a. O., früher schon Biermann²⁷⁾, Crome²⁸⁾ und im Ausgangspunkt auch Raape a. a. O.

¹⁷⁾ = JZ 1959, 24.

¹⁸⁾ Hoche Anm. zu BGH NJW 1958, 1534; Hoche in Palandt (22. Aufl.) Anm. 1 zu § 948 BGB.

¹⁹⁾ Johannsen in BGB-RGRK Anm. 4, 11 zu § 948 BGB.

²⁰⁾ Hefermehl in Ermann (2. Aufl.) Anm. 2 zu § 948 BGB.

²¹⁾ Brodmann in Planck (5. Aufl.) Anm. 2 zu § 948 BGB.

²²⁾ Peters in Ermann (1. Aufl.) Anm. 4 zu § 948 BGB.

²³⁾ Raape Anm. zu RG JZ 1926, 799 Nr. 7.

²⁴⁾ Wolff-Raiser § 72 Anm. 13.

²⁵⁾ Westermann § 52 III a.

²⁶⁾ Flume JW 1959, 922.

²⁷⁾ Biermann Anm. zu § 948 BGB. Biermann will den § 742 BGB allerdings nur für Restmengen, deren Nachweis nicht möglich ist, anwenden.

²⁸⁾ Crome III, § 406 Anm. 31.

Gegen eine Anwendung des § 742 BGB hat das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung RGZ 112, 102²⁹⁾ ausgeführt: Die Regeln der Bruchteilsgemeinschaft seien nur anwendbar, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergebe, § 741 BGB. Eine Sonderregel sei in den §§ 948, 947 BGB enthalten. Diese Vorschriften schlossen schon durch ihr Vorhandensein ein Zurückgehen auf die allgemeine Bestimmung des § 742 BGB aus. Wenn sich das Wertverhältnis der zusammengefloßenen Mengen nicht aufklären lasse, so sei das eine Frage, die nach den allgemeinen Regeln der Beweisfähigkeit zu beurteilen sei. Fast die gleiche Formulierung findet sich auch in der angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofes, der eine Anwendung des § 742 BGB ebenfalls ausdrücklich ablehnt.

Gegen die Anwendung sind weiter Oechßler a. a. O., Johannsen a. a. O., Hoche a. a. O., Leiss a. a. O., Hefermehl a. a. O., im Ergebnis auch Berg a. a. O., also die überwiegende Meinung. Ihr ist nicht in erster Linie aus den formalen Gründen, die das Reichsgericht anführt, zuzustimmen, sondern vor allem deshalb, weil die Gegenmeinung zu materiell unbefriedigenden Ergebnissen führt. In dem von mir verwendeten Modellfall würde z. B. der Kunde D, auch wenn sein Posten den Goldinhalt des Postens eines seiner „Mitkunden“ Y um das Zehnfache übertraf, plötzlich zum gleichen Prozentsatz wie Y an dem Gold im Reichblei beteiligt sein, nur weil sich das genaue Verhältnis der Beteiligungen nicht bestimmen läßt.

Man gelangt zu geradewegs absurden Ergebnissen, wenn man den Goldrest, der aus jeweils früheren Verarbeitungsstufen in der Mischtrommel stammt und von dort teilweise ebenfalls in die Reichbleibaren gelangt ist, berücksichtigen wollte. An diesem Rest sind alle Kunden beteiligt, deren Posten jemals durch die Mischtrommel gelaufen sind. Je weiter die Verarbeitung zurückliegt, um so geringer sind die Mengen, die in die vorliegenden Reichbleibaren gelangt sind. Denn jeder Arbeitsgang hat eine weitere „Verdünnung“ des Restes mit sich gebracht. Theoretisch sind also alle Kunden, deren Posten die Mischtrommel jemals durchlaufen haben, an dem Gold im Reichblei beteiligt. Nach § 742 BGB müßte ihr Bruchteil ebenso groß wie der des D sein.

Daher mag die Regel des § 742 BGB für die vertraglich vereinbarte Bruchteilsgemeinschaft angemessen sein, weil sich der Teilhaber dort sehen- den Augen in die Gemeinschaft begibt und auf Vereinbarung des Bruch- teils dringen kann, wenn ihm an einer unterschiedlichen Beteiligung liegt. Für die Gemeinschaft, die kraft Gesetzes entsteht, ist § 742 BGB nicht geeignet³⁰⁾.

²⁹⁾ = JW 1926, 799 Nr. 7.

³⁰⁾ Oechßler in Soergel-Siebert Anm. 2 zu § 948 BGB; Johannsen in BGB-RGRK Anm. 4, 11 zu § 948 BGB; Hoche in Palandt (22. Aufl.) Anm. 1 zu § 948 BGB; Hefermehl in Ermann (2. Aufl.) Anm. 2 zu § 948 BGB; RGZ 112, 102; BGH NJW 1958, 1534.

Die Rechtslage, die sich damit ergibt, ist aber nicht ganz so unerfreulich, wie Leiss a. a. O., Hoche³¹⁾ und Raape a. a. O. annehmen. Die Probleme verlagern sich lediglich auf die prozessuale Ebene. Daß D Miteigentümer des Goldes im Reichblei ist, steht fest. Fraglich ist, ob die Klage abgewiesen werden muß, weil D den Umfang seines Anspruchs nicht nachweisen kann. Hoche a. a. O. zieht in einem solchen Fall — ähnlich wie schon Peters³²⁾ — eine Umkehr der Beweislast in Betracht. Der Besitzer müsse dem Miteigentümer nachweisen, mit welchen anderen Mengen der Posten vermischt worden sei und welche Veränderungen mit dem Gesamtbestand vor sich gegangen seien.

Eine Umkehr der Beweislast führt aber nur weiter³³⁾, wenn der Unternehmer fremde Sachen mit eigenen Beständen, nicht aber, wenn er fremde Sachen untereinander vermischt, wie es bei industrieller Lohnfertigung der Fall ist. Bei der Vermischung fremder Sachen spielt sich ein möglicher Streit um die Miteigentumsanteile nicht zwischen Unternehmer und Kunden, sondern zwischen den Kunden untereinander ab. In diesem Fall kann die Beweislast nicht einem Kunden aufgebürdet werden. Die Kunden haben alle gleichermaßen wenig Einblick in die Vorgänge beim Unternehmer.

Eher zu erwägen ist daher der andere Vorschlag Hohes, den § 287 Abs. 2 ZPO entsprechend anzuwenden und das Gericht nach freier Überzeugung entscheiden zu lassen, wie groß die Miteigentumsanteile der Beteiligten sind. Voraussetzung für § 287 Abs. 2 ZPO ist, daß es sich um den Streit über die Höhe einer „Forderung“ handelt. Es muß also ein obligatorischer Anspruch auf Leistung vertretbarer Sachen vorliegen. Das Miteigentumsrecht selbst ist dinglicher Natur. Doch erzeugt es im Verhältnis der Miteigentümer zueinander obligatorische Ansprüche gemäß §§ 741 ff BGB, so auch den Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft und Teilung nach §§ 749, 752, 753 BGB.

Dieser Anspruch zielt auf die Vornahme einer Handlung, nämlich auf Zustimmung zur Aufhebung der Gemeinschaft, sowie auf Herausgabe und — soweit erforderlich — auf Übereignung einer Teilmenge oder des geteilten Erlöses. Die Teilmengen werden aus der gemeinsamen Sache entnommen und nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt, sind also vertretbare Sachen, § 91 BGB. Der Teilungsanspruch ist damit eine Forderung. Er richtet sich gegen die Miteigentümer und unterliegt nicht der Konkursquote, § 16 Abs. 1 KO.

Für § 287 Abs. 2 ZPO ist weiter Voraussetzung, daß die vollständige Aufklärung aller für die Höhe der Forderung maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teils

³¹⁾ Hoche Anm. zu BGH NJW 1958, 1534.

³²⁾ Peters in Ermann (1. Aufl.) Anm. 4 zu § 948 BGB.

³³⁾ Westermann § 52 III a.

der Forderung in keinem Verhältnis stehen. Die Vorschrift geht somit davon aus, daß die Aufklärung grundsätzlich möglich sei, sich nur nicht lohne.

Eine Aufklärung ist, wenn keine Stoffbilanz geführt wird, technisch nicht möglich. Leiss a. a. O. lehnt in diesem Fall daher eine Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO ab. Das Reichsgericht³⁴⁾ dagegen hat den § 287 Abs. 2 unbedenklich angewandt. Richtig ist wohl die Meinung, die bei Unaufklärbarkeit der Höhe des Anspruchs eine analoge Anwendung der Vorschrift befürwortet³⁵⁾. Es wäre sehr formal gedacht, wollte man den § 287 Abs. 2 ZPO nur anwenden, wenn die Schwierigkeiten nahezu, nicht aber, wenn sie tatsächlich unüberwindlich sind. Das Gericht wird daher, wenn Anhaltspunkte in tatsächlicher Hinsicht gegeben sind, die Höhe der dem D gebührenden Menge schätzen. Eine Aussonderung ist möglich.

Das Interventionsrecht nach § 771 ZPO wird in einem solchen Fall kaum praktische Bedeutung haben, da der Bearbeitungsprozeß zu weit vorgeschritten ist. Wenn schon dem Unternehmer hier der Überblick über den körperlichen Weg des Einzelpostens verlorengeht, kann ihn sich der Kunde, was Voraussetzung für eine Drittwiderspruchsklage wäre, erst recht nicht verschaffen.

Um Wiederholungen zu vermeiden, soll die Untersuchung des Produktionsprozesses an dieser Stelle abgebrochen werden. Die rechtliche Beurteilung würde keine neuen Gesichtspunkte ergeben. Lediglich in der Stufe der Halbzeuge und Fertigfabrikate ist noch eine Besonderheit zu berücksichtigen. Es ist fraglich, ob die Goldmenge in einem Halbzeug oder Fertigfabrikat Gegenstand einer besonderen Miteigentumsgemeinschaft sein kann. Diese Frage ist für Halbzeuge und Fertigfabrikate u. U. anders zu beurteilen als für Zwischenprodukte.

Das Gold in einem Halbzeug oder Fertigfabrikat kann nicht Gegenstand einer besonderen Miteigentumsgemeinschaft sein, wenn es wesentlicher Bestandteil des Produkts ist, §§ 93, 947 Abs. 1 BGB. Hierbei muß man unterscheiden zwischen Produkten aus einem einzigen Material wie z. B. Feingoldblechen und -drähten sowie zwischen Produkten, in denen neben dem einen Metall andere Stoffe verarbeitet sind. Bei Produkten aus einem einzigen Material kann man nicht von wesentlichen Bestandteilen sprechen.

Sind in einem Produkt mehrere Stoffe, z. B. Gold und Silber verarbeitet, so läßt sich zwar das Gold ohne weiteres von dem Silber trennen. Aber damit würde der wirtschaftliche Wert, der in der Herstellung des Produkts liegt, vernichtet werden. 20 Gramm Gold, die in einem Halbzeug oder Fertigfabrikat enthalten sind, sind wertvoller als 20 Gramm Gold, die in einem Gekrätzposten enthalten sind. In das verarbeitete Gold ist der Wert

³⁴⁾ RGZ 139, 174.

³⁵⁾ Rosenberg § 111 IV 3 bß; Hoche Anm. zu BGH NJW 1958, 1534; Baumbach-Lauterbach Anm. 4 zu § 287 ZPO; BGH Urteil v. 29. 6. 1961 Betrieb 1961, 1065.

der Bearbeitung gewissermaßen als „geronnene“ Arbeitsleistung eingegangen und hat den Wert des Materials erhöht. Das im Halbzeug oder Fertigfabrikat verarbeitete Gold würde daher durch eine Trennung vom Silber „in seinem Wesen verändert“ werden. Die Gold- und Silbermengen sind also wesentliche Bestandteile des Produkts. Sonderrechte an ihnen sind nicht möglich.

Nach § 947 Abs. 1 BGB werden die bisherigen Eigentümer der verschiedenen Stoffe Miteigentümer des Produkts. Besteht daher ein Blech aus einer Legierung von Gold und Silber im Wert von je DM 100,—, so werden die früheren Eigentümer des Goldes und des Silbers je zur Hälfte Miteigentümer des Blechs, sofern nicht § 947 Abs. 2 BGB eingreift. Die Eigentümer der für das Blech verwendeten Goldmenge könnten ihr Eigentum nach § 947 Abs. 2 BGB an die Eigentümer der verwendeten Silbermenge verloren haben. Der Betrag von DM 100,— entspricht ungefähr einer Menge von 20 Gramm Gold, aber 800 Gramm Silber. In dem Blech ist daher weitaus mehr Silber als Gold enthalten. Eine solche Legierung würde im Verkehr als Silberblech mit Goldzusätzen, das Silber demnach als Hauptsache im Sinne des § 947 Abs. 2 BGB angesehen werden. Hier, bei verschiedenartigen Stoffen, spielt das Mengenverhältnis eine Rolle³⁶⁾. § 947 Abs. 2 BGB greift also ein. Die Eigentümer des Silbers sind daher in ihrer Gesamtheit Eigentümer des Blechs geworden und haben das Eigentum der am Gold beteiligten Kunden verdrängt. Dieses Ergebnis gilt aber nur, wenn man eines der Metalle, die für das Produkt verwendet wurden, als Hauptsache ansehen kann. Wenn man keinen der für das Produkt verwendeten Stoffe als die Hauptsache ansehen kann, werden die bisherigen Eigentümer der verschiedenen Stoffe Miteigentümer des Produkts. Ihre dinglichen Rechte bleiben ihnen in diesem Fall daher erhalten, verwandeln sich nur aus Miteigentum an einem reinen Stoff in Miteigentum an einem Produkt aus mehreren Stoffen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Ein Kunde, dessen Materialposten sich beim Unternehmer mit anderen Beständen vermischt, wird durch die Vermischung nicht Miteigentümer der gesamten beim Unternehmer vorhandenen Bestände gleichartigen Materials. Vielmehr muß in jedem Einzelfall nachgeprüft werden, in welche Teilmengen der Posten des betreffenden Kunden gelangt ist, was notfalls geschätzt werden kann. Ist eine dieser Teilmengen durch Zufall untergegangen oder beschädigt worden, dann haben die betroffenen Kunden insoweit ihr dingliches Recht verloren. Sie behalten zwar den schuldrechtlichen Erfüllungsanspruch; aber dieser Erfüllungsanspruch ist kein Rückgabeanpruch aus Werkvertrag, sondern ein Verschaffungsanspruch aus Werklieferungsvertrag. Er berechtigt daher nicht zur Aussonderung oder zur Intervention nach § 771 ZPO, sondern unterliegt der Konkursquote (§ 69 KO).

³⁶⁾ RG DJZ 1905, 460.

e) Untergang der Miteigentumsanteile durch Verfügungen des Unternehmers

Neben die Schwierigkeiten einer Berechnung der Miteigentumsanteile und neben die Gefahr eines Verlustes der dinglichen Rechte durch zufälligen Untergang der betreffenden Teilmengen tritt noch das weitere Unsicherheitsmoment eines Verlustes der Miteigentumsanteile durch Verfügungen des Unternehmers bei der Auslieferung von Produkten.

Wenn im Goldschmiedfall ³⁷⁾ zwei von den drei Kunden ihre Kette bereits erhalten haben, so hat ihnen der Unternehmer die Miteigentumsanteile des dritten Kunden an diesen Ketten übertragen. Damit hat er zwei der drei Miteigentumsanteile des dritten Kunden vernichtet. Der noch nicht belieferte Kunde ist daher nur noch an einer Kette zu einem Drittel beteiligt. Der mengenmäßige Wert dieser Beteiligung beläuft sich, wenn jeder der Kunden 100 g Gold eingeliefert hatte, auf 33,33 g Gold.

Nun ist zwar denkbar, daß der Goldschmied dem dritten Kunden dinglichen Ersatz verschafft, indem er die beiden Miteigentumsrechte an der dritten Kette, die von den ausscheidenden (belieferten) Kunden eingegangen sind, für den dritten Kunden erworben hat. Der Goldschmied kann dies durch Stellvertretung nach §§ 164, 929 BGB, durch Geschäft für den, den es angeht, durch antizipiertes Besitzkonstitut (§§ 929, 930, 868, 631 BGB) oder im Wege des Selbstkontrahierens (§§ 164, 181, 929, 930, 868, 631 BGB) bewirken ³⁸⁾. Das Selbstkontrahieren (§ 181 BGB) ist dem Unternehmer gestattet, weil man davon ausgehen muß, daß alle Kunden für die Zeit der Umarbeitung nach dinglicher Sicherung streben. Auch ein Geschäft für den, den es angeht, kann man annehmen. Den belieferten Kunden wird es in der Regel gleichgültig sein, wer ihre Miteigentumsanteile erwirbt, da die Übertragung der Miteigentumsanteile auf den Unternehmer (oder auf die hinter ihm stehenden Personen) und die Auslieferung des Produkts Zug um Zug geschehen.

Doch ist zu fragen, ob derartige Konstruktionen auch für industrielle Verhältnisse möglich sind. Hier ist zweifelhaft, ob die Kunden, denen Produkte ausgeliefert werden, in der Gegenrichtung Miteigentumsrechte übertragen wollen. Die Parteien denken nicht in sachenrechtlichen Kategorien. Aber die Kunden sind sich laienhaft darüber klar, daß sie nicht auf Dauer — also über den Zeitpunkt der Abwicklung des Umarbeitungsgeschäfts hinaus — Rechte an den beim Unternehmer vorhandenen Sachen haben können.

³⁷⁾ vgl. C VI der Arbeit.

³⁸⁾ Es handelt sich hier nicht um das in C VI der Arbeit besprochene Problem der Übereignung des auszuliefernden Produkts, sondern um die Übertragung der Miteigentumsrechte an dem eingelieferten Material (als Gegenleistung für die Auslieferung des Produkts).

Ein Umarbeitungsgeschäft ist mit Sicherheit dann abgewickelt, wenn dem Kunden das gesamte Gewichtsguthaben voll ausgeliefert wird, wenn also auf dem Gewichtskonto kein Saldo mehr zugunsten des Kunden besteht. Das kommt aber selten vor.

Ruft der Kunde nur eine Teilmenge aus seinem Gewichtsguthaben ab, so ist nicht ersichtlich, ob diese Teilmenge aus „Zukäufen auf Gewichtskonto“, „Vollpreisgeschäften“ oder aus Umarbeitungsgeschäften stammt³⁹⁾. Selbst wenn das Gewichtsguthaben nur aus Umarbeitungsgeschäften herührt, ist nicht klar, welches der Umarbeitungsgeschäfte durch Auslieferung des Erzeugnisses abgewickelt ist. Es läßt sich also nicht feststellen, auf welche der eingelieferten Materialmengen sich eine Übereignungserklärung des Kunden richtet. Wenn man dies aber nicht weiß, kann man auch nicht herausfinden, an welchen der beim Unternehmer lagernden Sachen Miteigentumsrechte übertragen werden sollen.

Die Übereignung „des“ eingelieferten Materials ist daher bei teilweiser Auslieferung eines Gewichtsguthabens mangels Bestimmtheit unwirksam. (Die Kunden bleiben in diesem Fall Miteigentümer aller Sachen, in die ihr Material gelangt ist, bis der Unternehmer diese Sachen an andere Kunden ausliefert.) Somit ist eine Übereignung „des“ eingelieferten Materials nach Eintritt der Vermischung in allen den Fällen, in denen das Gewichtsguthaben nicht bis auf den Nullwert ausgeliefert wird, nicht möglich⁴⁰⁾.

Genügend bestimmt ist eine Übertragung der Miteigentumsanteile auf den Unternehmer nur, wenn ein Gewichtsguthaben vollständig ausgeliefert wird. Die Übereignungserklärung erfaßt in einem solchen Fall global alle etwa noch bestehenden Miteigentumsanteile des Kunden.

Aber bei vollständiger Auslieferung eines Gewichtsguthabens erscheint es zweifelhaft, ob die vom belieferten Kunden eingehenden Miteigentumsanteile auf die von der Auslieferung betroffenen Kunden übergehen. Es wird den belieferten Kunden schwerlich in den Sinn kommen, die Miteigentumsrechte, die etwa noch an Sachen beim Unternehmer bestehen, auf

³⁹⁾ vgl. C III c der Arbeit.

⁴⁰⁾ Diesen Regelfall muß man auch der schuldrechtlichen Konstruktion zugrundelegen. Man kann also nicht annehmen, daß der Umarbeitungsvertrag „normalerweise“ auf Übereignung des eingelieferten Materials gerichtet sei. Daher liegt in der Überlassung des Materials unter Einräumung der Verfügungsmacht bereits die Erfüllung (§ 362 BGB) des Umarbeitungsvertrages von seiten des Kunden, soweit seine Leistung in geliefertem Stoff, also nicht in der Zahlung des Umarbeitungslohnes besteht.

Da der Kunde somit den Vertrag schon im Zeitpunkt der Einlieferung des Materials erfüllt, behält er den Anspruch auf die Gegenleistung, auch wenn das eingelieferte Material durch Zufall untergeht oder beschädigt wird. Ein vertraglicher Ausschuß des § 446 Abs. 1 BGB verhindert also den Übergang der Gefahr nicht, vgl. C VII der Arbeit (am Ende).

die Kunden zu übertragen, deren Miteigentumsanteile durch die Auslieferung des Erzeugnisses betroffen werden. Der Kunde überträgt die Miteigentumsanteile vielmehr, wenn er sie überträgt, auf den Unternehmer.

Da der Unternehmer bei der Auslieferung nicht als Vertreter der betroffenen Kunden handelt, scheidet die Möglichkeit aus, daß er die eingehenden Miteigentumsanteile im Wege offener Stellvertretung für die betroffenen Kunden erwirbt. In Betracht käme lediglich, daß er den betroffenen Kunden die eingehenden Miteigentumsanteile durch Geschäft, für wen es angeht, durch antizipiertes Besitzkonstitut oder dadurch erwirbt, daß er im Wege des Selbstkontrahierens ein Besitzkonstitut vereinbart.

Voraussetzung wäre, daß der Unternehmer bei vollständiger Auslieferung eines Gewichtsguthabens den Willen hat, die von den belieferten Kunden etwa eingehenden Miteigentumsanteile „für“ die betroffenen Kunden zu erwerben. Ein solcher Wille kann zwar bestehen, aber es ist fraglich, ob er rechtliche Wirkungen haben würde.

Der Unterschied zwischen dem Goldschmiedfall und industrieller Lohnfertigung besteht darin, daß im Goldschmiedfall ein homogener Bestand, an dem drei Kunden beteiligt waren, vorlag. Im Goldschmiedfall war es dem Unternehmer daher möglich, die von den belieferten Kunden eingehenden Miteigentumsanteile durch Geschäft für den, den es angeht, durch antizipiertes Besitzkonstitut oder im Wege des Selbstkontrahierens sofort auf den noch nicht belieferten Kunden zu übertragen. Diesem Kunden konnte daher dinglicher Ersatz für den Verlust seiner Miteigentumsanteile gestellt werden.

Bei industrieller Lohnfertigung dagegen ist kein homogener Bestand vorhanden, an dem alle Kunden als Miteigentümer beteiligt sind. An jeder Sache sind andere Kunden beteiligt. Es bestehen daher tausende von inkongruenten, sich teilweise überlagernden Miteigentumsgemeinschaften. Da der körperliche Weg eines Postens in der täglichen Praxis des Betriebs nicht verfolgt wird, weiß der Unternehmer nicht, welche Kunden in ihren Rechten als Miteigentümer betroffen sind, wenn er eine Sache veräußert. Er ist daher nicht in der Lage, den durch die Veräußerung betroffenen Kunden dinglichen Ersatz zu stellen. Ein Erwerb etwa eingehender Miteigentumsanteile für diese Kunden ist daher — ebenfalls mangels Bestimmtheit des Übereignungsvertrags — nicht möglich.

Infolgedessen erwirbt der Unternehmer bei vollständiger Auslieferung eines Gewichtsguthabens die vom belieferten Kunden etwa eingehenden Miteigentumsanteile stets voll für sich selbst. Im Ergebnis schmälert der Unternehmer also durch jede Auslieferung eines Produktes die Miteigentumsrechte der betroffenen Kunden, und zwar sowohl bei vollständiger als auch bei teilweiser Auslieferung eines Gewichtsguthabens.

Diese Schmälerung läuft nicht synchron mit den Auslieferungen an den betroffenen Kunden. Wenn die Produkte im allgemeinen noch vor Ende der Durchlaufzeit des Materials ausgeliefert werden, kann es geschehen,

daß dem Kunden ein Bündel von Miteigentumsrechten an Sachen beim Unternehmer zusteht, das in seinem mengenmäßigen Gesamtwert größer ist als das Gewichtsguthaben. Denn der Kunde bleibt bei teilweiser Auslieferung eines Gewichtsguthabens Miteigentümer aller Sachen, in die sein Material gelangt ist, bis der Unternehmer diese Sachen an andere Kunden ausliefert.

Andererseits kann es auch geschehen, daß das Bündel der Miteigentumsrechte in seinem mengenmäßigen Gesamtwert niedriger liegt als das Gewichtsguthaben. Dies ist der Fall, wenn dem Kunden die Produkte in der Regel erst nach dem Ende der Durchlaufzeit ausgeliefert werden und der Unternehmer Sachen, in die das Material gelangt ist, an andere Kunden bereits weggegeben hat.

In diesem Fall kann es dazu kommen, daß der Unternehmer die Miteigentumsrechte des Kunden sogar vollständig abbaut, obwohl noch ein Gewichtsguthaben besteht⁴¹⁾. Der Kunde ist dann auf die Konkursquote beschränkt (§§ 651 BGB, 69 KO).

Da der Kunde bestrebt ist, sich das Eigentum am eingelieferten Material möglichst bis zur Auslieferung des fertigen Erzeugnisses zu erhalten⁴²⁾, taucht in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob sich der Unternehmer durch den Abbau der Miteigentumsrechte des Kunden schadensersatzpflichtig oder sogar strafbar macht. Um nicht auf Grund einer solchen Fragestellung zu einfach unmöglichen Ergebnissen zu gelangen, muß man annehmen, daß der Kunde bei der Einlieferung des Materials dem Unternehmer nicht nur die Vermischung gestattet, sondern darüber hinaus damit einverstanden ist, daß der Unternehmer die nach den §§ 947, 948 BGB entstehenden Miteigentumsrechte durch Verfügungen abbaut.

Der Unternehmer darf sich gewissermaßen aus dem eingelieferten Material seiner Kunden „nach Bedarf bedienen“. Er darf die Miteigentumsrechte seiner Kunden „verbrauchen“⁴³⁾. Dem Unternehmer ist daher nicht nur eine formale, technische Verfügungsmacht über die Miteigentumsanteile eingeräumt, sondern eine Ermächtigung zur Verfügung über die Substanz der Anteile, eine materielle Verfügungsmacht.

Unbefriedigend bleibt aber, daß man trotz des Strebens des Kunden nach dinglicher Sicherung zu der Annahme gezwungen ist, der Kunde willige in den Abbau seiner Eigentumsrechte ein, nur weil es nicht seine Absicht sein kann, den Unternehmer Schadensersatzpflichten oder einem Strafverfahren auszusetzen. Hier klappt also ein offensichtlicher Widerspruch zwischen dem von den Parteien beabsichtigten Gehalt eines modernen Industriegeschäfts, das täglich zur Zufriedenheit aller Beteiligten abgewickelt wird, und den Gestaltungsmöglichkeiten, die das BGB dafür bietet.

⁴¹⁾ vgl. für Geld Reinhardt in Festschrift für Boehmer S. 89.

⁴²⁾ vgl. B II b der Arbeit.

⁴³⁾ vgl. dieselbe Formulierung in § 700 Satz 2 BGB und die Regelung in § 13 DepotG; vgl. auch C I und C VI der Arbeit.

II. Treuhandeigentum

Fraglich ist, ob sich dieser durch die technische Entwicklung der Produktionsmethoden bedingte Widerspruch durch die Idee des Treuhandeigentums lösen läßt. Schon Siebert ⁴⁴⁾ hat darauf hingewiesen, daß im Rahmen der vorwärtsdrängenden wirtschaftlichen Entwicklung das Institut der Treuhand manche Lücke unserer Rechtsordnung auszufüllen vermag und daß gerade die immer verwickeltere Organisation der Produktion ein weites Anwendungsgebiet treuhänderischer Funktion bietet. Siebert ist es in seiner auch für die heutige Praxis ⁴⁵⁾ noch grundlegenden Monographie zur rechtsgeschäftlichen Treuhand vor allem darum gegangen, die dogmatischen Grundfragen des Treuhandverhältnisses zu klären ⁴⁶⁾, um die Treuhand auf diese Weise auch für das deutsche Recht zu einem brauchbaren Instrument des rechtsgeschäftlichen Verkehrs zu machen. Daher soll auf ihn zurückgegriffen werden.

Nach Siebert ist unter einem rechtsgeschäftlich bestellten Treuhänder eine natürliche oder juristische Person zu verstehen, die von einem anderen (oder für einen anderen) Vermögensrechte zu eigenem Recht erworben hat, diese Rechte aber nicht oder wenigstens nicht ausschließlich in eigenem Interesse ausüben soll ⁴⁷⁾. Für die rechtliche Konstruktion bieten sich folgende Möglichkeiten:

1. Fiduziarische Treuhand (Ungeteiltes Eigenrecht des Treuhänders i. V. m. obligatorischer Berechtigung des Begünstigten ⁴⁸⁾). Dies ist das Bild der fiducia des römischen Rechts und des geltenden französischen Rechts ⁴⁹⁾. Ein Beispiel für das deutsche Recht ist das Sicherungseigentum, wenn dem Sicherungsgeber nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückübereignung zusteht. Dem Treuhänder wird hierbei eine weitergehende Rechtsstellung eingeräumt, als sie dem eigentlichen wirtschaftlichen Zweck, den die Parteien verfolgen, entspricht. Daraus ergibt sich für den Treuhänder eine „Divergenz zwischen Können und Dürfen“, eine „überschießende Rechtsmacht“ ⁵⁰⁾.

2. Typisch deutschrechtliche Treuhand (Dinglich abgeschwächte Rechtsmacht des Treuhänders ⁵¹⁾). Diese Gestaltung findet sich — herkommend vom germanischen Recht — im anglo-amerikanischen Recht ⁵²⁾ und als auflösend bedingte Vollrechtsstellung des Treuhänders auch im heutigen

⁴⁴⁾ Siebert S. 3 ff.

⁴⁵⁾ Hoche in Palandt (22. Aufl.) Einf. 7 vor § 929 BGB.

⁴⁶⁾ Siebert S. 33 ff.

⁴⁷⁾ Siebert S. 1.

⁴⁸⁾ Siebert S. 102, 146 ff.

⁴⁹⁾ Siebert S. 102, 34 ff; Assfalg „Treugut“ S. 99 ff.

⁵⁰⁾ Siebert S. 146.

⁵¹⁾ Siebert S. 401, 103, 213 ff.

⁵²⁾ Siebert S. 103, 44 ff; Assfalg „Treugut“ S. 3 ff.

deutschen Recht ⁵³⁾, z. B. bei auflösend bedingtem Sicherungseigentum. Die Anwartschaft, die dem Treugeber in diesem Fall zusteht, entfaltet gewisse absolute Wirkungen ⁵⁴⁾. Ob sie ein dingliches Recht ist, braucht hier nicht entschieden zu werden.

3. Treuhand auf der Grundlage einer Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB ⁵⁵⁾. Bei dieser Form der Treuhand bleibt der Treugeber Inhaber des Vollrechts und ermächtigt den Treuhänder, in eigenem Namen über das Treugut zu verfügen.

a) Fiduzarisches Treuhandverhältnis

Fraglich ist, ob der Unternehmer bei industrieller Lohnfertigung als fiduzarisches Treuhänder seiner Kunden angesehen werden kann. Dazu müßte er Eigentümer des eingelieferten Materials sein und in seiner Eigentümerstellung durch eine obligatorische Berechtigung des Kunden eingeschränkt werden. Am Anfang der Arbeit ⁵⁶⁾ hatte ich festgestellt, daß der Kunde das Material bei der Einlieferung nicht übereignet, sondern im Gegenteil bestrebt ist, sich das Eigentum am eingelieferten Material möglichst bis zur Auslieferung des fertigen Erzeugnisses zu erhalten. Auf den ersten Blick scheint daher für eine Annahme von Treuhandeigentum kein Raum zu sein.

Der Beweggrund für die Nichtübereignung sind vor allem wirtschaftliche Überlegungen: Für die Parteien liegt der Zweck der Umarbeitungsgeschäfte in der Erbringung einer Arbeitsleistung durch den Unternehmer. Die Vornahme der Bearbeitung erfordert keine Übereignung des eingelieferten Materials. Das Material verbleibt im Vermögen des Kunden. Der Kunde strebt nach dinglicher Sicherung.

Alle diese Gesichtspunkte würden aber auch berücksichtigt werden, wenn man annehmen würde, daß der Unternehmer als Treuhänder für den Kunden Eigentümer des eingelieferten Materials wird. Es würde sich um eine uneigennützige Treuhand handeln. Nach heute allgemein anerkannter Ansicht ⁵⁷⁾ gehört das Treugut in einem solchen Fall wirtschaftlich ⁵⁸⁾ zum Vermögen des Treugebers, auch wenn der Treuhänder formal Eigentümer ist. Der Treugeber hat daher ein Aussonderungsrecht im Konkurs des

⁵³⁾ Siebert S. 401, 103.

⁵⁴⁾ Siebert S. 103; Raiser S. 18, 45 ff.

⁵⁵⁾ Siebert S. 402, 232 ff.

⁵⁶⁾ vgl. B der Arbeit.

⁵⁷⁾ vgl. Hoche in Palandt (22. Aufl.) Einf. 7 B b aa vor § 929 BGB; BGH NJW 1959, 1224.

⁵⁸⁾ Auf die dogmatischen Streitigkeiten, ob hier der Begriff des „wirtschaftlichen Eigentums“ angebracht sei und welchen Inhalt dieser Begriff habe (vgl. z. B. Stier S. 1 ff, Assfalg „Treugut“ S. 161 f), soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen werden.

Treuhänders und ein Interventionsrecht nach § 771 ZPO bei Einzelzwangsvollstreckung eines Gläubigers des Treuhänders⁵⁹⁾.

Es ist also bei Annahme von Treuhand Eigentum nicht erforderlich, das Streben des Kunden nach dinglicher Sicherung während der Umarbeitung als Streben nach formaler Eigentumsberechtigung aufzufassen. Vielmehr würde es dem Sachverhalt gerecht werden, wenn man sagt: Der Kunde ist bestrebt, das eingelieferte Material in seinem Vermögen zu erhalten; dabei ist er bereit, das Eigentum formal auf den Treuhänder zu übertragen. Voraussetzung für eine derartige Konstruktion ist allerdings, daß sich durch die Annahme eines fiduziarischen Treuhandverhältnisses alle rechtlichen Schwierigkeiten so überzeugend lösen lassen, daß die Übergabe gar nicht anders denn als Übereignung aufgefaßt werden kann. Es ist deswegen zu untersuchen, inwieweit die Idee des Treuhand Eigentums zur Lösung der aufgezeigten Probleme führt.

1. Unmittelbarkeitsprinzip

aa) Das Unmittelbarkeitsprinzip als Hindernis für die Annahme von Treuhand Eigentum im vorliegenden Fall

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung⁶⁰⁾ die Forderung aufgestellt, daß als Treugut nur die Gegenstände anerkannt werden könnten, die in unmittelbarer Rechtsnachfolge vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen worden seien (sogenanntes Unmittelbarkeitsprinzip). Stamme der übertragene Gegenstand aus dem Vermögen eines Dritten oder des Treuhänders selbst, so sei eine Anerkennung als Treugut nicht möglich. Dies gelte grundsätzlich auch dann, wenn der Gegenstand aus dem Vermögen des Dritten mit Mitteln des Treuguts erworben werde (sogenanntes Surrogationsverbot⁶¹⁾).

Der Bundesgerichtshof⁶²⁾ hat den Grundsatz der Unmittelbarkeit im Prinzip aufrecht erhalten, indem er fordert, das Treugut müsse dem Treu-

⁵⁹⁾ Hoche a. a. O.; RGZ 45, 84; 79, 121 f; BGH a. a. O. ,

⁶⁰⁾ RGZ 84, 214 ff (217); 153, 370.

⁶¹⁾ Dem RG zustimmend Radke S. 50; Schumacher S. 38; Friedmann S. 886 ff; Haemmerle S. 669; Kuhn in BGB-RGRK Anm. 14 vor § 164 BGB; Lent in Jaeger Anm. 41 zu § 43 KO; Schultze von Lasaulx in Soergel-Siebert Anm. 26 vor § 164 BGB; im Ergebnis auch Siebert S. 106 ff. Siebert nimmt bei Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip zwar ein Treuhandverhältnis an, lehnt aber eine Aussonderung im Konkurs des Treuhänders in diesem Fall ab.

Gegen das Unmittelbarkeitsprinzip Assfalg „Treugut im Konkurs“ S. 167 ff und NJW 1963, 1582 ff; Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962, 48; Schless S. 47 ff; Emmerich S. 160 f; Paul „Diskontierungsgeschäfte“ S. 42 ff; Schmitt S. 67; Goldschmidt S. 26; Gremmels S. 76 f; Hoche in Palandt (22. Aufl.) Einf. 7 D, E vor § 929 BGB; LG Hamburg MDR 1957, 684.

⁶²⁾ BGH Urteil v. 7. 4. 1959 NJW 1959, 1225.

händer vom Treugeber „anvertraut“ sein. Allerdings läßt der Bundesgerichtshof für den Begriff des „Anvertrauens“ genügen, daß z. B. Geldbeträge, die das Treugut bilden, an den Treuhänder von Dritten auf Grund von Forderungen des Treugebers gezahlt werden und der Treuhänder vom Treugeber zur Entgegennahme des Geldes ermächtigt ist ⁶³⁾.

Eine echte Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips liegt dagegen bei der Einzahlung von Geld auf sogenannte Anderkonten vor. Anderkonten sind Konten, die der Treuhänder bei einer Bank oder Sparkasse als Sonderkonten für den Treugeber führt ⁶⁴⁾. Hier erkennt der Bundesgerichtshof ein Treuhandverhältnis an, auch wenn das eingezahlte Geld nicht vom Treugeber stammt. Allerdings kann aus dieser Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips im Fall der Anderkonten noch nicht auf eine allgemeine Aufgabe des Prinzips durch die Rechtsprechung geschlossen werden.

Um die Bedeutung des Unmittelbarkeitsprinzips klarzulegen, sei kurz auf das Beispiel eingegangen, an dem sich die Diskussion um dieses Prinzip immer wieder entzündet hat, nämlich auf den Fall der stillen Stellvertretung: Ein Einkaufskommissionär kauft den zu erwerbenden Gegenstand in eigenem Namen für fremde Rechnung. Er wird zunächst Eigentümer. Der Auftraggeber (Kommittent) hat aus dem Kommissionsverhältnis nur den obligatorischen Verschaffungsanspruch auf Übergabe und Übereignung der erworbenen Sache. Stellt man sich hier auf den starren Standpunkt des Reichsgerichts, so kann der Kommissionär nicht Treuhänder des Auftraggebers sein, da die Sache nicht aus dem Vermögen des Auftraggebers stammt.

Verzichtet man dagegen auf das Unmittelbarkeitsprinzip, so ist abschlaggebend, daß der Kommissionär die Sache nicht für eigene Rechnung, also nicht für sein eigenes Vermögen erwirbt. Die Sache gehört, obwohl sie noch nicht übereignet ist, wirtschaftlich schon zum Vermögen des Auftraggebers. Der Auftraggeber kann die Sache daher im Konkurs des Kommissionärs aussondern. (Nach der Ansicht des Reichsgerichts ist er dagegen auf die Konkursquote beschränkt.)

Bei den Umarbeitungsgeschäften würde nun zwar dem Unternehmer das eingelieferte Material, wenn es bei der Einlieferung übereignet werden würde, in unmittelbarer Rechtsnachfolge vom Kunden übertragen werden.

⁶³⁾ so auch schon RGZ 79, 121; 84, 218; ähnlich RGZ 99, 158.

⁶⁴⁾ BGH Urt. v. 5. 11. 1953 NJW 1954, 190 (192) = JZ 1954, 438 Anm. von Raiser, der auf den Unterschied zwischen offenen und verdeckten (echten) Anderkonten hinweist. Mit den Gewichtskonten sind die Anderkonten nicht zu vergleichen, da der Treuhänder das Anderkonto bei einem Dritten (einer Bank, Sparkasse) für den Treugeber unterhält, also gegen den Dritten eine Forderung hat. Bei den Umarbeitungsgeschäften dagegen führt der Unternehmer die Gewichtskonten selbst. Ihm steht keine Forderung gegen Dritte zu. Die Forderung ist eine Forderung des Kunden gegen den Unternehmer.

Der Materialposten würde sich aber im Verlauf der Umarbeitung mit anderen Materialposten vermischen. Die Treugutberechtigung des Kunden an dem gelieferten Material würde sich daher in eine Treugutberechtigung an größeren Einheiten, z. B. an der Füllung einer Mischtrommel, dem Goldinhalt eines Reichbleibarrens usw. verwandeln, §§ 947, 948 BGB analog ⁶⁵⁾.

Damit wären die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten keineswegs gelöst. Man müßte nämlich feststellen, in welche konkreten Erzeugnisse und Zwischenprodukte das Material beim Unternehmer gelangt ist. Der körperliche Weg, den der einzelne Posten im Betrieb des Unternehmers zurückgelegt hat, müßte daher wie beim Miteigentum kraft Vermischung verfolgt werden. Die Idee des Treuhandeigentums bietet also insoweit keine Erleichterung.

Aber auch hinsichtlich der Sicherheit für den Kunden leistet das Treuhandeigentum, wenn man das Unmittelbarkeitsprinzip bejaht, nicht mehr als das Miteigentum kraft Vermischung. Denn die (bruchteilmäßige) Treugutberechtigung des Kunden würde nur an den Sachen bestehen, in die das eingelieferte Material gelangt ist. Wenn diese Sachen an andere Kunden weggegeben sind, würde das Treuhandverhältnis nicht mehr bestehen. Der Kunde hätte also in einem solchen Fall weder ein Aussonderungsrecht noch ein Interventionsrecht nach § 771 ZPO.

Einer Lösung kann man nur näher kommen, wenn man auf das Unmittelbarkeitsprinzip verzichtet und anerkennt, daß Gegenstand des Treuhandverhältnisses auch Sachen sein können, die nicht aus dem Vermögen des Treugebers stammen. Verzichtet man auf das Erfordernis der Unmittelbarkeit, so kann sich das konkrete Treuhandverhältnis auch auf Material beziehen, das von anderen Kunden oder aus eigenen Beständen des Unternehmers stammt.

bb) Die Argumente für und wider das Unmittelbarkeitsprinzip

Das Reichsgericht hat seine Ansicht im wesentlichen damit begründet, daß der Treuhandbegriff bei einem Verzicht auf das Unmittelbarkeitsprinzip ins Unbestimmte zerfließen würde. Es hat ausgeführt ⁶⁶⁾, daß eine Gleichstellung von Treuhandverhältnis und stiller Stellvertretung nicht nur den Begriff des Treuhandverhältnisses verdunkeln, sondern auch die Grenze zwischen dem Begriff des dinglichen und des persönlichen Rechts zum Schaden des Verkehrs und der Kreditsicherheit verwischen würde. Die

⁶⁵⁾ So auch Schless S. 85. Der Bundesgerichtshof nimmt in seiner Entscheidung BGH NJW 1955, 986 zu der Frage der Anwendbarkeit der §§ 947, 948 BGB keine Stellung, sondern behandelt nur die Pflicht des Treuhänders zu getrennter Verwahrung des Treuguts, wenn nichts besonderes vereinbart wird. Bei industrieller Lohnfertigung wird dem Unternehmer die Vermischung des eingelieferten Materials gerade gestattet.

⁶⁶⁾ RGZ 84, 214 ff; 133, 88 f; RG Warn E 1921 Nr. 130.

Gleichstellung werde am letzten Ende dazu führen, eine „Betreuung“ auch schon dann anzunehmen, wenn aus irgendeinem zwischen den Parteien vereinbarten Grund eine geschuldete Leistung vom Schuldner nicht abverlangt werde.

Lent⁶⁷⁾ befürwortet das Unmittelbarkeitsprinzip deswegen, weil die Aussonderung von Treugut generell bereits eine Ausnahme von § 43 KO sei. Der Begriff des aussonderungsfähigen Treuguts müsse dementsprechend eng ausgelegt werden.

Siebert⁶⁸⁾, Friedmann⁶⁹⁾ und Radke⁷⁰⁾ sind aus Gründen der Rechtssicherheit für eine Beibehaltung des Unmittelbarkeitsprinzips. Friedmann betont, daß sich schwer feststellen lasse, ob der Treuhänder von vornherein für Rechnung des Auftraggebers erworben habe oder ob erst nachträglich zur Benachteiligung der Gläubiger ein Treuhandverhältnis abgeschlossen worden sei. Siebert meint, daß sich das Unmittelbarkeitsprinzip letzten Endes durch das Publizitätsprinzip rechtfertige, dessen weitere Einschränkung verhindert werden müsse.

Gegen die Beibehaltung des Unmittelbarkeitsprinzips werden folgende Argumente vorgebracht. Schless⁷¹⁾ gelangt schon auf Grund seiner Definition der Treuhand als „Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung“ zu einer Ablehnung des Unmittelbarkeitsprinzips. Das Treuhandverhältnis zwischen Auftraggeber und stillem Stellvertreter ergebe sich aus § 392 Abs. 2 HGB, der als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens anzusehen sei.

Emmerich⁷²⁾ betont, daß nicht die Herkunft der Sache entscheidend sein könne. Auch der stille Stellvertreter sei wie der Treuhänder, dem die Sache unmittelbar vom Treugeber übertragen worden sei, nur formal Eigentümer, während die Sache wirtschaftlich bereits zum Vermögen des Auftraggebers gehöre.

Hoche⁷³⁾ und Assfalg⁷⁴⁾ sind der Meinung, daß die Sichtbarkeit der Kreditunterlagen heutzutage durch Eigentumsvorbehalt, Besitzkonstitut und Treuhänderschaft bereits so weitgehend eingeschränkt sei, daß jeder Kreditgeber zur Nachprüfung genötigt sei und sich nicht nur auf den äußeren Schein verlassen könne. Es sei daher logischer, wenn man die Offenkundigkeit der Treugutbestellung für den unmittelbaren Erwerb vom Treugeber fordern oder aber darauf auch für den Fall des Dritterwerbs verzichten würde⁷⁵⁾.

⁶⁷⁾ Lent in Jaeger Anm. 41 zu § 43 KO.

⁶⁸⁾ Siebert S. 106 ff.

⁶⁹⁾ Friedmann S. 886 ff.

⁷⁰⁾ Radke S. 48 f.

⁷¹⁾ Schless S. 47 ff.

⁷²⁾ Emmerich S. 160 ff.

⁷³⁾ Hoche in Palandt Einf. 7 D vor § 929 BGB.

⁷⁴⁾ Assfalg „Treugut im Konkurs“ S. 175.

⁷⁵⁾ Hoche a. a. O.

Paul ⁷⁶⁾ weist auf die gesetzliche Anerkennung mittelbaren Treuguterwerbs in § 42 DepotG, § 3 Ziff. 7 Aufwertungsgesetz vom 16. 7. 1924, § 11 Ziff. 3 Steueranpassungsgesetz vom 16. 10. 1934 hin.

Eine Mittelmeinung vertritt Opitz ⁷⁷⁾. Der Gedanke der Unmittelbarkeit könne und müsse da zurücktreten, wo durch Verlautbarung Klarheit und Sicherheit dafür geschaffen sei, daß der das Recht Erwerbende das Recht vom Erwerb ab für einen anderen als Treuhänder halte (Grundsatz der Offenkundigkeit). Der Begriff des Treuhandverhältnisses zerfließe nicht ins Ungewisse, wenn sich das Treuhandverhältnis vor aller Augen offenkundig und klar bilde. Nur einen stillen, verdeckten oder heimlichen Treuguterwerb solle es nach der Meinung des Reichsgerichts nicht geben. Vollziehe sich aber der Rechtserwerb für einen anderen in aller Öffentlichkeit, mit feierlicher Verlautbarung als Treuguterwerb, so seien gerade diejenigen Bedenken behoben, die das Reichsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung veranlaßt hätten, den Grundsatz der Unmittelbarkeit in den Vordergrund zu stellen. Sofern sich die Bildung des Treuhandverhältnisses offenkundig abspiele, bestehe keine Veranlassung, einen Unterschied dahin zu machen, ob ein Vermögensstück einem anderen zu treuen Händen übergeben werde oder ob der andere den Vermögenswert als Treugut erwerbe.

cc) Verzicht auf das Unmittelbarkeitsprinzip

Die Meinung Lents, der allein aus dem § 43 KO heraus argumentiert, ist zu formal und deswegen abzulehnen.

Fraglich ist, wie es sich mit den dogmatischen Bedenken des Reichsgerichts verhält. Der Verzicht auf das Unmittelbarkeitsprinzip beim Treuhandeigentum bedeutet, daran ist nicht zu zweifeln, eine Öffnung des Sachenrechts zum Schuldrecht hin. Indem man Aussonderung und Intervention auf Grund obligatorischer Ansprüche auf Verschaffung des Eigentums zuläßt, legt man diesen Ansprüchen für den Fall der Zwangsvollstreckung und des Konkurses die gleiche Wirkung bei wie dem Eigentum selbst. Schuler ⁷⁸⁾ und Hoche ⁷⁹⁾ sprechen von einer „quasidinglichen Wirkung“, Dulkeit ⁸⁰⁾ von der „Verdinglichung“ obligatorischer Rechte.

Doch führt die Aufgabe des Unmittelbarkeitsprinzips nur zu einer Erweiterung eines grundsätzlich schon vollzogenen Einbruchs in die Dogmatik einer strengen Trennung von Schuld- und Sachenrecht. Diese Durchbrechung der dogmatischen Trennung ist bereits geschehen, als das Reichsgericht die Aussonderung der sicherungsübereigneten Sache durch den Sicherungsgeber im Konkurs des Sicherungsnehmers anerkannte, obwohl

⁷⁶⁾ Paul „Diskontierungsgeschäfte“ S. 42 ff.

⁷⁷⁾ Opitz Anm. 8 zu § 42 DepotG.

⁷⁸⁾ Schuler JuS 1962, 52.

⁷⁹⁾ Hoche in Palandt (22. Aufl.) Einf. 7 B b aa vor § 929 BGB.

⁸⁰⁾ Dulkeit S. 9 f, 32.

es der Auffassung war⁸¹⁾, daß dem Sicherungsgeber nach Zahlung der Schuld in der Regel nur ein obligatorischer Verschaffungsanspruch auf Rückübereignung der Sache zustehe.

Fraglich ist, ob einer (weiteren) „Verdinglichung“ obligatorischer Verschaffungsansprüche der numerus clausus der dinglichen Rechte entgegensteht. Die Problematik des Typenzwangs unseres Sachenrechts hat Raiser⁸²⁾ in Zusammenhang mit der Frage der dinglichen Anwartschaften aufgenommen und meines Erachtens überzeugend geklärt. Raiser führt aus:

„An der Geltung dieses Prinzips (des numerus clausus der dinglichen Rechte)⁸³⁾ ist (zwar) für unser Sachenrecht nicht zu zweifeln, auch wenn es im BGB nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Aber sein Sinn ist es nicht, damit das Sachenrecht auf dem Stand des Jahres 1900 gewissermaßen einfrieren zu lassen und jede Rechtsentwicklung zu hemmen, sondern der Parteiautonomie durch den Typenzwang Schranken zu ziehen: neue Rechtsverhältnisse an Sachen können von den Parteien⁸⁴⁾ nicht mit der die dinglichen Rechte auszeichnenden Drittwirkung vereinbart werden. Das schließt aber nicht aus, daß die Rechtsordnung eines Tages auch solchen im Gesetz bisher nicht geregelten Rechtsverhältnissen die Drittwirkung zuerkennt, sei es im Wege ergänzender Gesetzgebung, wie z. B. beim Dauerwohnrecht des WEG vom 15. 3. 1951, sei es im Wege richterlicher Rechtsfortbildung. Dazu bedarf es hier keiner Erörterung über Bindung und Freiheit des Richters gegenüber dem Gesetz und über die Voraussetzungen für die Rechtsgeltung solcher Normen, die als Gewohnheits- oder Richterrecht das Gesetz ergänzen und ändern. Es genügt der Hinweis auf die mehr und mehr sich festigende Lehre, daß das Recht sich auch da, wo es gesetzlich fixiert ist, in einer ständigen Bewegung befindet, an der die Rechtsprechung und die Rechtslehre wesentlichen Anteil haben. Diese Bewegung macht vor den Rechtsinstituten des Sachenrechts, also auch dem Bestand und dem Inhalt dinglicher Rechte nicht halt; sie zu sehen und anzuerkennen heißt weder, das Gesetz zu mißachten, noch den rechtspolitischen Sinn der Typenbeschränkung im Sachenrecht zu verkennen“⁸⁵⁾.

Der numerus clausus der dinglichen Rechte steht daher weder der rechtsfortbildenden Schaffung neuer dinglicher Rechte, noch der „Verdinglichung“ gewisser obligatorischer Rechte im Wege. Das Reichsgericht hat also mit der Anerkennung einer Aussonderung des fiduziarischen Sicherungseigentums nicht gegen die Dogmatik des Sachenrechts verstoßen.

⁸¹⁾ RGZ 102, 386; 153, 369.

⁸²⁾ Raiser S. 55 f.

⁸³⁾ Einfügungen in Klammern von mir.

⁸⁴⁾ Hervorhebung von mir.

⁸⁵⁾ im gleichen Sinne Seufert in Staud. Einl. 12 vor § 854 BGB; Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962, 49; v. Caemmerer S. 83; Wieacker „Bodenrecht“ S. 111 f; Zunft NJW 1956, 1421 f; wohl auch Heck „Sachenrecht“ § 23; Westermann § 3 III; a. A. RGZ 140, 228.

Ebensowenig liegt ein solcher Verstoß vor, wenn man auf das Unmittelbarkeitsprinzip verzichtet.

Ernstzunehmen sind aber die Bedenken gegen eine Aufgabe des Unmittelbarkeitsprinzips, die von Siebert, Radke, Friedmann und auch dem Reichsgericht aus Gründen der Rechtssicherheit vorgebracht werden. Die Publizität der dinglichen Rechte ist zwar bereits durch die gewohnheitsrechtliche Anerkennung der heimlichen Form des Sicherungseigentums, des Sicherungseigentums ohne Übertragung des Besitzes, eingeschränkt worden⁸⁶⁾. Aber man könnte erwägen, ob man einer weiteren Einschränkung des Publizitätsprinzips nicht dort Einhalt gebieten sollte, wo dies noch möglich ist.

Da das Treuhandeigentum jenseits der Grenze des Unmittelbarkeitsprinzips in Deutschland noch nicht gewohnheitsrechtlich anerkannt ist⁸⁷⁾, besteht die Chance, mit der Forderung nach Aufgabe des Unmittelbarkeitsprinzips die Forderung nach Publizität der mittelbaren Treugutbegründung durchzusetzen⁸⁸⁾. Damit werden wenigstens auf einem Teilgebiet des Treuhandrechts die Nachteile vermieden, die bei der bisherigen Herausbildung des Treuhandgedankens durch Vernachlässigung des Publizitätsprinzips entstanden sind. Die weitere Einschränkung des Publizitätsprinzips wird also nicht im Sinne des Reichsgerichts durch eine engherzige und lebensfremde Beschränkung der Treuhandatbestände, sondern durch die Forderung nach Offenkundigkeit (des mittelbaren Treuguterwerbes) selbst zu verhindern sein.

Damit liegt, wenn die Offenkundigkeit des Treuguterwerbs gegeben ist, ein wirksames Treuhandverhältnis vor, auch wenn die Sache nicht aus dem Vermögen des Treugebers stammt. Nur bei heimlichem mittelbaren Treuguterwerb ist dem Treuhandverhältnis aus Gründen der Rechtssicherheit die Anerkennung zu versagen.

Bei den Umarbeitungsgeschäften in der NE-Metallindustrie ist die Offenkundigkeit der Treugutbestellung gegeben. Die Bilanzierung der Kundengewichtsguthaben⁸⁹⁾ zeigt jedermann an, daß der Unternehmer einen Teil seiner Vorräte als Fremdvermögen verwaltet⁹⁰⁾. Die Gläubiger des Unternehmers können daher nicht dadurch getäuscht werden, daß sich in den

⁸⁶⁾ Wolff-Raiser § 179.

⁸⁷⁾ vgl. den Meinungsstreit um dieses Prinzip.

⁸⁸⁾ vgl. auch Opitz Anm. 8 zu § 42 DepotG.

⁸⁹⁾ vgl. B II b der Arbeit.

⁹⁰⁾ — zumindest bei Aktiengesellschaften. Bei Unternehmen, die nicht zur Veröffentlichung ihrer Bilanzen verpflichtet sind, ist eine Publizität nur insoweit gegeben, als sich die Gläubiger die Bilanzen vorlegen lassen. Dies wird z. B. bei größeren Bankkrediten regelmäßig geschehen. Geschäftspartner, die Waren auf Kredit liefern, werden die Usancen im Bunt- und Edelmetallgewerbe, also auch die Art der Bilanzierung der Gewichtsguthaben, kennen. Sie können sich daher ebenfalls den erforderlichen Einblick verschaffen.

Werken, Lagern und Produkten beim Unternehmer erhebliche Metallmengen befinden, die zwar Eigentum des Unternehmers zu sein scheinen, aber nicht zu seinem Vermögen gehören. Aus dem Gesichtspunkt des Publizitätsprinzips bestehen daher keine Bedenken gegen die Anerkennung eines Treuhandverhältnisses. Aber es fragt sich dennoch, ob ein solches angenommen werden kann.

2. Grundsatz der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Treuguts

Auch wenn man auf das Unmittelbarkeitsprinzip bei Offenkundigkeit der Treugutbestellung verzichtet, ist zu fragen, auf welche der beim Unternehmer vorhandenen konkreten Sachen sich das Treuhandverhältnis beziehen soll. Mit dem Verzicht auf das Unmittelbarkeitsprinzip erreicht man nur, daß Gegenstand des Treuhandverhältnisses auch Sachen sein können, die körperlich nicht aus dem Vermögen des betreffenden Kunden, sondern von dritter Seite oder vom Unternehmer selbst stammen. Dies befreit aber nicht von dem Erfordernis, daß ein bestimmter Gegenstand vorhanden sein muß, auf den sich das Treuhandverhältnis beziehen kann⁹¹⁾.

Es genügt daher nicht, daß dem Treugeber gegen den Treuhänder lediglich ein Anspruch auf Leistung einer noch unbestimmten Sache (Gattungsschuld) zusteht. Einem solchen Anspruch kann man keine „quasidingliche“ Wirkung zulegen. Welche der beim Unternehmer vorhandenen Sachen sollte der Kunde im Konkursfall aussondern dürfen? Eine Aussonderung ist nur möglich, wenn sich der Anspruch auf Leistung einer bestimmten oder bestimmbaren Sache richtet (Speziesschuld). Der Treuhandbegriff kann daher niemals über den Bestimmtheitsgrundsatz hinaus ausgeweitet werden und ist auch z. B. vom englischen Recht⁹²⁾, das den Treuhandbegriff besonders weit entwickelt hat, nie über diesen Grundsatz hinaus ausgeweitet worden.

Bei industrieller Lohnfertigung ist kein Gegenstand vorhanden, der dem Kunden während der Dauer der Umarbeitung als Treugut zugeordnet werden könnte. Dem Kunden steht nur ein Anspruch auf Übergabe und Übereignung einer unbestimmten Sache zu (Gattungsschuld). Für die Annahme eines Treuhandverhältnisses ist daher wegen mangelnder Bestimmtheit des Treuguts kein Raum.

b) Deutschrechtliches Treuhandverhältnis

Das gleiche gilt in verstärktem Maße für die Annahme eines Treuhandverhältnisses, bei dem dem Treugeber ein beschränktes dingliches Herrschaftsrecht⁹³⁾, z. B. eine Anwartschaft auf den Erwerb des Eigentums

⁹¹⁾ Assfalg „Treugut“ S. 154 ff; Siebert S. 106 f, 345; Paul „Diskontierungsge-
schäfte“ S. 98 ff; Lent in Jaeger Anm. 8 zu § 43 KO.

⁹²⁾ Assfalg „Treugut“ S. 15.

⁹³⁾ vgl. D II der Arbeit vor D II a.

zusteht. Auch ein derartiges Recht bedarf eines bestimmten Gegenstandes, auf den es sich beziehen kann. Der Bestimmtheitsgrundsatz steht daher einer Anwendung auch dieser Form eines Treuhandverhältnisses entgegen.

Insofern führen die beiden Formen der Treuhand, bei denen eine Über-eignung des eingelieferten Materials auf den Unternehmer angenommen werden könnte, nicht zu einer Lösung der sachenrechtlichen Probleme. Es verbleibt daher bei dem eingangs gefundenen Ergebnis der Nichtüber-eignung des eingelieferten Materials ⁹⁴⁾.

c) Ermächtigungstreuhand

Der Bestimmtheitsgrundsatz gilt schließlich auch für ein Treuhandverhältnis auf der Grundlage einer Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB. Denn auch die Befugnis, über einen Gegenstand zu verfügen, erfordert begriffsnotwendig einen bestimmten Gegenstand.

Die Ermächtigung des Unternehmers zu Verfügungen über Miteigen-tumsanteile, die durch Vermischung des eingelieferten Materials ent-stehen ⁹⁵⁾, begründet keine Ermächtigungstreuhand hinsichtlich dieser Mit-eigentumsanteile. Denn der Unternehmer ist zum Abbau (Verbrauch) der Miteigentumsanteile berechtigt ⁹⁶⁾. Ihm ist die volle, auch im Innenver-hältnis in keiner Weise eingeschränkte Verfügungsmacht über diese Mit-eigentumsanteile eingeräumt.

Die Idee der Treuhand ist demnach in ihren gängigen Formen für eine Lösung der aufgezeigten Schwierigkeiten nicht geeignet. Sie führt aber zu einer anderen Lösungsmöglichkeit hin, die aufs engste mit dem Be-stimmtheitsgrundsatz beim Treuhandeigentum zusammenhängt.

III. Bestimmtheitsgrundsatz im Sachenrecht

a) Abstraktes Eigentum nach der Lehre von der Geldwertvindikation

Der Bestimmtheitsgrundsatz findet sich nicht nur im Treuhandrecht als einer Zwischenzone, die sich zwischen Schuld- und Sachenrecht gebildet hat, sondern noch viel ausgeprägter im eigentlichen Sachenrecht selber. Die dinglichen Rechte erfordern einen konkreten Gegenstand, auf den sie sich beziehen können ⁹⁷⁾.

Dieser Grundsatz ist allerdings nicht unbestritten. In der Literatur hat sich eine Meinung herausgebildet, die für den Fall des Geldes auf den Bestimmtheitsgrundsatz verzichten will. Nach der sogenannten Lehre von

⁹⁴⁾ vgl. B der Arbeit.

⁹⁵⁾ vgl. D I e der Arbeit.

⁹⁶⁾ vgl. D I e der Arbeit.

⁹⁷⁾ Wolff-Raiser § 51 IV 4; Baur § 4 III; Lent-Schwab § 2 II; BGHZ 21, 52 ff.

der Geldwertvindikation, die Westermann⁹⁸⁾, ausgehend von der Ansicht Kasers⁹⁹⁾, Brandts¹⁰⁰⁾ und Wieackers¹⁰¹⁾ entwickelt hat, sollen Eigentumsrechte an Geld möglich sein, die sich nicht auf das einzelne Geldzeichen, sondern auf den Geldwert als solchen richten. Da der Geldwert nur durch eine abstrakte (auf dem Geldzeichen gedruckte oder geprägte) Summe verkörpert werde, komme es auf das Eigentum an dem individuellen Geldzeichen — so meinen die Vertreter dieser Richtung — nicht an. Ein Geldschein könne daher ausgetauscht werden, ohne daß davon das „Eigentum am Geldwert“ berührt werde. Das Eigentumsrecht am Geldwert bleibe auch bestehen, wenn der Eigentümer die Scheine bei einer Bank einzahle, also für das Geld eine Forderung erwerbe. Voraussetzung sei allerdings, daß der summenmäßige Wert des Geldes im Vermögen des „Besitzers“ als „Geld“ erhalten bleibe und nicht zur Anschaffung von Sachen oder für die Inanspruchnahme von Diensten verbraucht werde. Westermann macht daher keinen Unterschied mehr zwischen dem Eigentum an Bargeld und dem „Eigentum“ an Buchgeld (Geldforderungen). Kaser, Brandt und Wieacker wollten sogar ganz auf den Begriff des Eigentums bei Geld verzichten und an die Stelle des Vindikationsanspruchs bloße Bereicherungsansprüche setzen.

Die Lehre von der Geldwertvindikation ist vor allem deswegen entwickelt worden, weil die Vermischungsregeln des BGB nicht zu befriedigenden Ergebnissen führten, wenn fremdes Geld in wechselnde Kassenbestände geriet. Ganz ähnlich liegt aber auch der Fall bei industrieller Lohnfertigung, wo das Material der Kunden in den ständig wechselnden Metallbestand beim Unternehmer gelangt.

Die Metalle, insbesondere die NE-Metalle, sind fast im gleichen Maße austauschfähig wie Geld. Nicht umsonst haben Bunt- und Edelmetalle lange die Rolle des Geldes gespielt. Die Geschichte des Geldes besteht in einer fortschreitenden Abstrahierung vom Edelmetall zum Papiergeld und schließlich zum Buchgeld¹⁰²⁾. Eine ähnliche Entwicklung hat seit dem Aufkommen industrieller Fertigungsmethoden in der Metallwirtschaft eingesetzt. Im Verkehr spielt nur noch der abstrakte Gewichts- oder Mengenwert der NE-Metalle, nicht dagegen ihre körperliche Identität, eine Rolle. Dieser Mengenwert kann mittels chemischer Analyse so sicher festgestellt werden, wie man vom Geldschein den Wert abliest.

Ursprünglich für die Abwicklung von Umarbeitungsgeschäften gedacht, hat sich die Einrichtung von Gewichtskonten in der Bunt- und Edelmetallindustrie längst zu einem ineinandergreifenden Giralsystem entwickelt und ist zu einem Mittel für den „barmetallosen“ Leistungsverkehr geworden.

⁹⁸⁾ Westermann § 30 V.

⁹⁹⁾ Kaser AcP 143, 1 ff.

¹⁰⁰⁾ Brandt S. 239 ff.

¹⁰¹⁾ Wieacker „Vermögensrecht“ S. 47 ff.

¹⁰²⁾ Reinhardt in Festschrift für Boehmer S. 60 ff; Isele AcP 129, 132 ff.

Auf den Metallkonten werden daher Mengenverschiebungen vorgenommen, ohne daß entsprechende Metallbestände körperlich bewegt werden müssen¹⁰³). Auf diese Eigenschaft des Gesamtsystems aller Gewichtsbuchhaltungen der NE-Metallwirtschaft deutet z. B. auch die Tatsache hin, daß bereits Materialschecks benutzt werden¹⁰⁴). Es wäre daher gar nicht so abwegig, die Gewichtsforderungen als „Buchmetall“ zu bezeichnen.

Mithin ist zu fragen, ob auch ein bloß summenmäßig bestimmtes Eigentumsrecht des Kunden möglich ist. Kann man sagen, der Kunde sei in Höhe seines Gewichtsguthabens Eigentümer der beim Unternehmer vorhandenen Goldmengen? Eine solche Konstruktion würde zweifellos den Vorstellungen der Parteien am nächsten kommen. Aber es fragt sich, ob sie möglich ist.

Die Lehre von der Geldwertvindikation geht von dem Gedanken aus, daß es bei Geld auf die Identität des Geldscheins deswegen nicht ankomme, weil der Papierwert in gar keinem Verhältnis zu dem aufgedruckten Wert des Geldes stehe. Bei den Metallen aber klaffen der wirtschaftliche Wert und der Sachwert nicht auseinander. Es gibt nur einen Wert, den Metallwert. Ein wesentliches Argument der Lehre von der Geldwertvindikation paßt daher auf die Bunt- und Edelmetalle nicht. Gegen eine Ausdehnung der Lehre von der Geldwertvindikation bestehen aber auch grundsätzliche Bedenken. Die feste Verknüpfung des Geldwertes mit körperlichen Geldzeichen, wie sie durch die Einordnung des Bargeldes in die Sachenrechtsordnung des BGB erreicht wird, hat ihren guten wirtschaftlichen Sinn¹⁰⁵). Nur dieser Verknüpfung verdankt das Bargeld seine hohe Umlauffähigkeit und Verkehrsfreundlichkeit¹⁰⁶). Eine Forderung als solche ist kaum umlauffähig; für ihre Übertragung ist ein besonderer Vertrag erforderlich, sie kann (außer im Fall des § 405 BGB) nicht gutgläubig erworben werden, sie unterliegt Einwendungen und der Einschränkung des § 407 BGB. Um wenigstens eine gewisse Umlauffähigkeit von Forderungen zu erreichen, bedarf es solcher „Umwege“ wie ihrer Verbriefung in Wertpapieren, die nach sachenrechtlichen Regeln übertragen werden können. Die Idealform für Übertragung von Geldwert ist daher eben das Bargeld. Voraussetzung ist allerdings, daß man es als bewegliche Sache behandelt und den Eigentumsregeln des BGB unterstellt¹⁰⁷). Eine Herausnahme des Bargeldes aus der geltenden Eigentumsordnung ist daher abzulehnen¹⁰⁸).

¹⁰³) vgl. C III b der Arbeit.

¹⁰⁴) BFH Gutachten BStBl. 1961 III, 33.

¹⁰⁵) Wolff-Raiser § 65 IV.

¹⁰⁶) Reinhardt in Festschrift für Boehmer S. 84.

¹⁰⁷) Wolff in Ehrenberg IV, Abt. 1 S. 624 f.

¹⁰⁸) so auch Wolff-Raiser § 65 IV, § 84 Anm. 6; Reinhardt in Festschrift für Boehmer S. 72 ff; Falck S. 14 — 17; Lange AcP 147, 300 f; Mühl in Soergel-Siebert (9. Aufl.) Anm. 17 zu § 985 BGB.

Hiermit ist hinsichtlich der Metalle noch nichts entschieden, da die Metalle nicht mehr als Geld verwendet werden. Wenn man aber für Metalle die Möglichkeit einer Mengenvindikation nach Art der Geldwertvindikation annehmen wollte, wäre nicht einzusehen, warum man nicht auch bei allen anderen vertretbaren Sachen eine Mengenvindikation einführen sollte. Damit würde man das gesamte Sachenrecht aus den Angeln heben ¹⁰⁹⁾.

Der Eigentumsbegriff ist nur dann von Bedeutung, wenn er als ein Rechtsverhältnis zwischen einer oder mehreren bestimmten Personen und einer bestimmten Sache gedacht wird. Er verliert seine praktische Brauchbarkeit, wenn man annehmen würde, Eigentum sei auch an einer abstrakten Menge möglich.

Zwar gibt es eine Art abstrakten Eigentums in der Form des Miteigentums, aber beim Miteigentum ist immer ein bestimmter Gegenstand vorhanden, an dem das Miteigentumsrecht besteht. Das Eigentum wird zwar ideell geteilt, aber es verliert sein Substrat nicht.

Wollte man den Eigentumsbegriff über die vom Miteigentum gezogene Grenze hinaus erweitern, so würde man ihn seiner eigentlichen Funktion, der Zuordnung von konkreten Sachen zu Rechtssubjekten, entkleiden. Eine klare Abgrenzung der Rechtskreise einzelner Individuen wäre nicht mehr möglich. Die Idee eines abstrakten Eigentums nach Art der Lehre von der Geldwertvindikation ist daher zu verwerfen.

b) Dingliche Surrogation

Fraglich ist, ob der Lösungsvorschlag Reinhardts ¹¹⁰⁾, bei wirksamer Verfügung über fremdes Geld den Grundsatz der dinglichen Surrogation einzuführen, im vorliegenden Fall weiterführt. Reinhardt selbst ist der Ansicht, daß man eine Surrogation nur annehmen könne, wenn ein ganz konkretes anderes Objekt an die Stelle des weggegebenen Geldes getreten sei. Dieser Einschränkung ist zuzustimmen, denn die Surrogation ist nur eine besondere Form des Eigentumswechsels ¹¹¹⁾, bringt aber keine Sonderform des Eigentums hervor.

Bei industrieller Lohnfertigung tritt erst im Zeitpunkt der Auslieferung ein bestimmter Gegenstand an die Stelle des eingelieferten Materials. Aber gerade für die Zwischenzeit ist das Eigentumsrecht des Kunden problematisch. Der Gedanke der dinglichen Surrogation hilft daher nicht weiter.

¹⁰⁹⁾ Reinhardt in Festschrift für Boehmer S. 74.

¹¹⁰⁾ Reinhardt in Festschrift für Boehmer S. 91 ff.

¹¹¹⁾ vgl. §§ 2019, 2111, 1247 Satz 2, 718 Abs. 2 BGB.

E. Ergebnis der bisherigen Untersuchungen

Wenn keine besonderen Vereinbarungen getroffen werden, befindet sich der Kunde demnach in einer mißlichen Lage. Sein Eigentum am eingelieferten Material verwandelt sich nach den §§ 947, 948 BGB zunächst in ein Bündel von Miteigentumsrechten an bestimmten beim Unternehmer vorhandenen Teilmengen gleichartigen Materials.

Diese Miteigentumsrechte sind nicht von zeitlicher Dauer. Sie verzweigen und vervielfältigen sich in dem Maße, wie sich das eingelieferte Material im Fortgang der Produktion mit immer neuen Teilmengen vermischt. Je nach Lage des Einzelfalls lassen sich die Miteigentumsrechte oft schon nach wenigen Bearbeitungsstufen nicht mehr bestimmen, da nicht feststellbar ist, in welchen Teilmengen das eingelieferte Material aufgegangen ist.

Im Konkursfall ist das Gericht auf Schätzungen gemäß § 287 Abs. 2 ZPO angewiesen und wird sich solcher Schätzungen enthalten, wenn die tatsächlichen Grundlagen dafür zu ungewiß sind. Die theoretisch noch bestehenden Miteigentumsrechte sind daher u. U. nicht durchsetzbar.

Die Gewichtsguthaben geben den Stand der dinglichen Rechtslage nicht richtig wieder ¹⁾. Sie zeigen nur die Höhe der obligatorischen Lieferansprüche aus § 651 BGB an, da der Kunde laufend Miteigentumsanteile durch Verfügungen des Unternehmers verliert ²⁾. Nach einer gewissen Zeit stehen dem Kunden nicht einmal mehr theoretisch Miteigentumsrechte an irgendwelchen beim Unternehmer vorhandenen Beständen zu. Der Kunde ist allein auf seinen schuldrechtlichen Erfüllungsanspruch aus Werklieferungsvertrag angewiesen. Dieser Anspruch unterliegt der Konkursquote. Hinsichtlich der dinglichen Sicherung steht sich also der Kunde viel schlechter als bei Vorliegen eines einfachen Werkvertrags.

Aber auch dem Unternehmer dürften die Folgen, die sich aus dem Verlust der Materialidentität ergeben, nicht willkommen sein. Während beim einfachen Werkvertrag die Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung des eingelieferten Materials beim Kunden liegt, geht die Gefahr bei der mit Vermischung verbundenen industriellen Umarbeitung grundsätzlich im Zeitpunkt der Einlieferung des Materials auf den Unternehmer über. Der Gefahrübergang kann durch einen vertraglichen Ausschluß des § 446 Abs. 1 BGB nicht verhindert werden ³⁾. Eine

¹⁾ vgl. D I e der Arbeit.

²⁾ vgl. D I e der Arbeit.

³⁾ vgl. C VII, D I e der Arbeit.

wirksame Freizeichnung von Kriegs- und ähnlichen Risiken ist nur durch eine Beschränkung der Leistungspflicht des Unternehmers nach Art einer beschränkten Gattungsschuld möglich ⁴⁾).

Beide Folgen, sowohl die mindere Rechtsstellung des Kunden hinsichtlich seines Sicherungsbedürfnisses als auch die Verteilung der Gefahr, entsprechen weder dem wirtschaftlichen Gehalt der Umarbeitungsgeschäfte, noch werden sie der eigentlichen Interessenlage der Parteien gerecht.

⁴⁾ vgl. C VII der Arbeit.

F. Eigene Lösung

Die Institute des Miteigentums kraft Vermischung, der Treuhand und die Idee eines abstrakten mengenmäßigen Eigentums sind also jedes für sich allein nicht geeignet, eine Lösung der Probleme bei industrieller Lohnfertigung zu ermöglichen. Auch hat sich als hinderlich erwiesen, die Untersuchung auf den Einzelvertrag zu beschränken. Wahrscheinlich läßt sich das individuelle Umarbeitungsgeschäft nicht befriedigend aus sich selbst heraus erklären.

Eine Lösung der aufgeworfenen Fragen erscheint daher nur im Rahmen einer ganzheitlichen Betrachtungsweise möglich. Zu denken wäre z. B. an eine Gesellschaft aller Kunden zwecks Umarbeitung ihres Materials (§§ 705 ff BGB) unter treuhänderischer Geschäftsführung des Unternehmers. Aber die Kunden kennen sich nicht. Sie schließen auch nicht untereinander einen Gesellschaftsvertrag, sondern treten nur mit dem Unternehmer in vertragliche Beziehungen. Es scheiden ständig Kunden aus, neue kommen hinzu. Eine gesellschaftsrechtliche Lösung ist daher nicht möglich.

Wenn man eine Gesellschaft aller Kunden nicht annehmen kann, so bleibt aber zumindest eine Gemeinschaft (§ 741 BGB) der Kunden unter treuhänderischer Geschäftsführung des Unternehmers möglich. Hierbei ist an die Miteigentumsgemeinschaft in Form der Wertpapiersammelverwahrung (§§ 5 ff DepotG) und der Sammelagerung (§§ 419 Abs. 1 und 2 HGB, 23, 28 ff LgSchVO) zu denken. In diesen Vorschriften ist dem Gesetzgeber auf einem Rechtsgebiet, das weitgehend ähnliche Probleme wie die industrielle Lohnfertigung aufweist, eine bewundernswerte Kombination von Miteigentum und Treuhand gelungen: Die zum Sammelbestand gehörenden Sachen stehen im Miteigentum aller Hinterleger (Einlagerer). Der Sammelverwahrer (Lagerhalter) ist zu Verfügungen über die Miteigentumsanteile berechtigt, darf aber im Innenverhältnis die dingliche Gesamtberechtigung des Kunden durch Auslieferungen und Entnahmen nicht schmälern. Dies wird dadurch erreicht, daß er Auslieferungen nur an Hinterleger (Einlagerer) vornehmen darf¹⁾.

Überschreitet der Verwahrer die inneren Grenzen seiner Verfügungsmacht, so macht er sich schadenersatzpflichtig, u. U. strafbar²⁾. Seine Ver-

¹⁾ vgl. §§ 6 Abs. 2 DepotG; 419 Abs. 2 HGB; 31, 23 Abs. 3 LgSchVO.

²⁾ Lehmann in Düringer-Hachenburg, Anm. 7 zu § 419 HGB; Opitz Anm. 4 zu § 15 DepotG.

³⁾ so auch Lehmann in Düringer-Hachenburg Anm. 6 zu § 419 HGB.

fügungen bleiben aber wirksam. Der Verwahrer ist daher Treuhänder seiner Kunden⁴⁾. Es liegt eine Ermächtigungstreuhand vor⁴⁾).

Die Eigentumsberechtigung des Einlegers am Sammelbestand besteht aus einem Bündel von Miteigentumsrechten, die in ihrem summenmäßigen Gesamtwert einer bestimmten Menge des Lagergutes entsprechen. Der Eigentumsübergang beim Ausscheiden von Kunden erklärt sich auf folgende Weise:

Der aus der Sammelverwahrungsgemeinschaft „ganz oder teilweise ausscheidende Teilhaber erhält zu seinem Miteigentum an jeder der Einheiten, die ihm aus dem Sammelbestand ausgehändigt werden, das Miteigentum hinzu, das jedem der anderen Teilhaber an diesen Einheiten bis zu ihrer Auslieferung zustand. Er gibt dagegen sein Miteigentum an den im Sammelbestand verbleibenden Einheiten auf, und zwar in vollem Umfang, wenn er ganz ausscheidet“, sonst nur zum entsprechenden Bruchteil. „Das so von ihm aufgegebene Miteigentum erhalten die in der Sammeldepotgemeinschaft verbleibenden anderen Teilhaber nach dem Verhältnis ihrer Anteile zueinander“⁵⁾.

Der Verwahrer (Lagerhalter) baut daher die Miteigentumsanteile seiner Kunden im normalen Geschäftsgang nicht wie der Unternehmer bei industrieller Lohnfertigung ab. Die dingliche Mitberechtigung des Kunden am Sammelbestand ist von Dauer. Damit ist eine Art mengenmäßigen Eigentums, wie es die Lehre von der Geldwertvindikation erstrebt, ohne Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes erreicht.

Der Gesetzgeber hat die Sammelverwahrung von Wertpapieren am ausführlichsten geregelt. In erster Linie sollen daher die §§ 5 ff DepotG als Vorbild herangezogen werden. Fraglich ist, auf welche Weise dies geschehen kann.

I. Vereinbarung von Miteigentum in Form der Sammelverwahrung

Bei der Sammelverwahrung von Wertpapieren entsteht das Miteigentum an den zum Sammelbestand gehörenden Wertpapieren gemäß § 6 Abs. 1 DepotG bereits im Zeitpunkt des Eingangs des hinterlegten Papiers beim Sammelverwahrer. Bei der Sammellagerung der §§ 28 ff LgSchVO bildet sich das Miteigentum im Zeitpunkt der Einlagerung der Ware, unabhängig davon, ob die Ware hierbei vermischt wird, § 30 Abs. 2 LgSchVO. Entstehungsgrund für das Miteigentum sind daher in beiden Fällen nicht die §§ 947, 948 BGB, auch nicht der abgeschlossene Vertrag, sondern die genannten Bestimmungen des DepotG und der LgSchVO⁶⁾.

⁴⁾ vgl. D II vor D II a der Arbeit.

⁵⁾ Opitz Anm. 9 zu §§ 6, 7, 8 DepotG.

⁶⁾ für § 6 DepotG: Opitz Anm. 6 zu §§ 6, 7, 8 DepotG; Nipperdey in Staud. Anm. 19 zu § 700 BGB; für §§ 6 DepotG und 30 LgSchVO: Wolff-Raiser § 72 III 2.

Eine direkte Anwendung der §§ 6 DepotG und 30 LgSchVO auf die Umarbeitungsgeschäfte, also eine Entstehung von Miteigentum kraft gesetzlicher Vorschrift scheidet aus. Die §§ 5 ff DepotG sind auf die Verhältnisse bei der Wertpapiersammelverwahrung zugeschnitten und einer erweiterten oder analogen Anwendung nicht zugänglich. Das gilt auch für § 30 LgSchVO. Daher kommt nur eine Entstehung des Miteigentums durch Vermischung oder kraft vertraglicher Vereinbarung in Betracht. Die Entstehung durch Vermischung wurde bereits in Kapitel D I der Arbeit behandelt. Sie führt bei den Umarbeitungsgeschäften — anders als bei den Lagergeschäften des § 419 HGB — zu unbefriedigenden Ergebnissen.

Im Fall der Lagergeschäfte handelt es sich um statische Vorgänge: Der Sack Getreide ist in dem Augenblick, in dem er in den Speicher geschüttet wird, mit dem Gesamtbestand, der in diesem Speicher liegt, untrennbar vermischt. Bei industrieller Lohnfertigung dagegen ist der eingelieferte Materialposten zunächst nur mit einer Teilmenge vermischt. Er geht dann im Verlaufe der Verarbeitung in immer weiteren Teilmengen auf, ohne sich jedoch mit dem Gesamtbestand der beim Unternehmer vorhandenen Mengen gleichartigen Materials untrennbar zu vermischen ⁷⁾.

Der Unterschied zwischen Lager- und Produktionsgeschäft liegt daher, soweit er für die vorliegende Arbeit in Betracht kommt, darin, daß beim Lagergeschäft die Vermischung schlagartig erfolgt. Daher kann an genau umgrenzten Mengen in einem genau feststellbaren Zeitpunkt durch Vermischung eine Miteigentumsgemeinschaft entstehen, die sich zu einheitlicher Verwaltung durch den Lagerhalter eignet. Bei industrieller Lohnfertigung dagegen ist die Vermischung ein dynamischer von Stufe zu Stufe fortschreitender Vorgang, bei dem die durch Vermischung entstehenden Miteigentumsgemeinschaften beständig wechseln und sich deswegen nicht zu einheitlicher Verwaltung eignen. Hier müssen die Parteien, wenn sie eine homogene Miteigentumsgemeinschaft erreichen wollen, zu vertraglichen Vereinbarungen greifen.

Bei der Sammelagerung nach § 419 Abs. 1, 2 HGB (der Mischlagerung im Sinn des § 23 LgSchVO) ist streitig, ob das Miteigentum kraft Vermischung ⁸⁾ oder durch Vertrag ⁹⁾ entsteht. Grundsätzlich sind beide Konstruktionswege möglich. Die Entstehung des Miteigentums durch Vermischung und die Entstehung durch Vertrag unterscheiden sich darin, daß bei vertraglicher Vereinbarung das Miteigentum nicht notwendigerweise erst im Zeitpunkt der Vermischung entsteht. Die Parteien können z. B. vereinbaren, daß das Miteigentum schon im Zeitpunkt des Eingangs der Ware

⁷⁾ vgl. S. 52 f der Arbeit.

⁸⁾ J. v. Gierke § 78 I 1 b; Nipperdey in Staud. Anm. 18 zu § 700 BGB; Lehmann in Düringer Hachenburg Anm. 4 zu § 419 HGB; Schröder in Schlegelberger Anm. 7 ff zu § 419 HGB.

⁹⁾ für Entstehung durch Vertrag Ratz in HGB-RGRK Anm. 3 zu § 419 HGB.

beim Lagerhalter oder im Zeitpunkt der Einlagerung entstehen soll. Fraglich ist, wie entsprechende Vereinbarungen für die Umarbeitungsgeschäfte aussehen müßten.

a) Sammelbestand

Zunächst muß der Sammelbestand abgegrenzt werden. An einer Sachgesamtheit ist Eigentum nicht möglich. Die vereinbarte Miteigentumsgemeinschaft kann sich daher nur auf die einzelnen Gegenstände, die zum Sammelbestand gehören, beziehen (im Beispiel der Scheideanstalten auf den Goldinhalt einer Mischtrommel, eines Reichbleibarrens, eines Elektrolysebades, auf einen Feingoldbarren usw.). Eine bruchteilmäßige Überweisung dieser Sachen an den Kunden ist unter Verwendung eines Sammelbegriffs möglich, sofern der Sammelbegriff die Einzelsachen genügend genau bestimmt ¹⁰⁾.

Zu fragen ist, welche Einzelsachen zum Sammelbestand gehören können. Dabei sind die §§ 93, 947 Abs. 1 BGB zu beachten, wonach an wesentlichen Bestandteilen einer Sache keine Sonderrechte möglich sind. Die Goldmenge in einem Reichbleibarren ist z. B. nicht wesentlicher Bestandteil des Reichbleibarrens; sie kann Gegenstand einer besonderen Miteigentumsgemeinschaft sein ¹¹⁾.

Metalle in Halbzeugen und Fertigfabrikaten aus mehreren Stoffen dagegen können nicht Gegenstand besonderer Miteigentumsgemeinschaften sein ¹²⁾. Die Parteien müssen deshalb festlegen, daß mehrstoffige Produkte im Augenblick der Fertigstellung aus dem Sammelbestand ausscheiden und in das Eigentum des Unternehmers übergehen ¹³⁾.

Bei Produkten aus einem einzigen Material kann man nicht von wesentlichen Bestandteilen sprechen. Zwar ist auch in diesen Produkten der Herstellungswert der Produkte enthalten. Aber dieser Wert würde, wenn die Sache aufgeteilt werden würde, nicht durch eine Trennung von Bestandteilen vernichtet werden. An einem Feinmetallprodukt besteht nur eine einzige Miteigentumsgemeinschaft. Im Rahmen dieser Miteigentumsgemeinschaft wird die Erhaltung wirtschaftlicher Werte durch § 752 BGB geschützt. Daher können Feinmetallprodukte zum Sammelbestand gehören.

¹⁰⁾ Wolff-Raiser § 51 IV 4; Dankelmann in Palandt (22. Aufl.) Anm. 3 e Überblick vor § 90 BGB; BGHZ 21, 52 ff.

¹¹⁾ vgl. S. 51 der Arbeit.

¹²⁾ vgl. S. 57 f der Arbeit.

¹³⁾ Konstruktiv ist dies eine Übereignung des Unternehmers an sich selbst, die ihm gemäß § 185 Abs. 1 BGB gestattet ist. In der Übereignung an sich selbst liegt eine Entnahme zu Lasten seines eigenen Anteils am Sammelbestand. Sie ist rechtlich ebenso zu behandeln wie die Auslieferung eines Produkts aus dem Sammelbestand an einen Kunden.

Notwendig ist das allerdings nicht, da es den Parteien freisteht, wie sie den Sammelbestand festlegen.

Fraglich ist, ob die §§ 93, 947 Abs. 1 BGB anzuwenden sind, wenn die Herstellungskosten für ein Produkt aus mehreren Stoffen ganz geringfügig sind. In diesem Fall werden durch eine Trennung der Stoffe keine erheblichen wirtschaftlichen Werte vernichtet. § 93 BGB kommt daher seinem Sinne nach nicht zur Anwendung¹⁴⁾, ebenso wenig § 947 Abs. 1 BGB. Aber es empfiehlt sich nicht, die mehrstoffigen Produkte, deren Herstellungskosten ganz geringfügig sind, zum Sammelbestand zu ziehen. Die Abgrenzung zwischen geringfügigen Kosten und nicht geringfügigen Kosten wäre im Einzelfall zu schwierig und zu umständlich.

Grundsätzlich können somit zum Sammelbestand gehören: die in Lagern, Betrieben und Produkten beim Unternehmer vorhandenen Mengen gleichartigen Materials mit Ausnahme des Materials in Halbzeugen und Fertigfabrikaten aus mehreren Stoffen.

b) Bestimmtheit der Übereignung

Fraglich ist, ob eine Übereignung „der in Lagern, Betrieben und Produkten beim Unternehmer vorhandenen Mengen gleichartigen Materials mit Ausnahme des Materials in mehrstoffigen Produkten“ genügend bestimmt ist. Eine Abgrenzung des Sammelbestandes gegenüber den Produkten (aus mehreren Stoffen) ist jederzeit ohne weiteres möglich. Es läßt sich in jedem Augenblick feststellen, ob die Bearbeitung einer Sache abgeschlossen ist oder nicht.

Keine Rolle spielt es, daß die zum Sammelbestand gehörenden Mengen u. U. in verschiedenen Räumen, Lagern oder Werken des Unternehmers verteilt sind. Als Unternehmer ist bei den Umarbeitungsgeschäften die natürliche oder juristische Person oder die Personenmehrheit (OHG, KG usw.) aufzufassen, mit der der Kunde abschließt. Von der Übereignung sind daher die Materialmengen, die sich in den Lagern und Werken dieser natürlichen oder juristischen Person oder Personenmehrheit befinden, erfaßt. Der Kreis dieser Sache ist genau umgrenzt und kann jederzeit durch körperliche Zählung (Inventur) bestimmt werden.

Daß für die Bestimmbarkeit eine räumliche Zusammenfassung des Sammelbestandes nicht erforderlich ist¹⁵⁾, ergibt sich auch aus den Regelungen der Lagerscheinverordnung. Der Lagerhalter kann bei der Sammellagerung nach den §§ 28 ff LgschVO in seiner Lagerordnung bestimmen, daß das Miteigentum sich auf den jeweiligen Gesamtvorrat gleichartigen Materials in mehreren Lagerhäusern erstrecken soll, § 30 Abs. 3 LgschVO. Zwar ist dem Lagerhalter eine derartige Befugnis nur eingeräumt, soweit sich die Lagerhäuser in derselben Ortschaft befinden. Aber diese Beschränkung gilt

¹⁴⁾ Dankelmann in Palandt (22. Aufl.) Anm. 3 zu § 93 BGB; RGZ 69, 121.

¹⁵⁾ so für die Wertpapiersammelverwahrung auch Opitz Anm. 3 zu § 5 DepotG.

nur für das Sammelagergeschäft. Bei industrieller Lohnfertigung steht es den Parteien frei, welche Bestände sie zum Sammelbestand ziehen wollen. Die Bestimmbarkeit ist jedenfalls auch dann gegeben, wenn Bestände in verschiedenen Ortschaften zum Sammelbestand gerechnet werden.

Bei der Wertpapiersammelverwahrung hat sich die Drittverwahrung durch Wertpapiersammelbanken eingebürgert¹⁶⁾. Aber zum Begriff der Sammelverwahrung gehört die Drittverwahrung nicht, der Verwahrer kann die Wertpapiere gemäß § 5 Abs. 1 DepotG vielmehr auch selber verwahren (sogenannte Haussammelverwahrung)¹⁷⁾. Dabei ist nicht erforderlich, daß der Unternehmer den Sammelbestand getrennt von seinen eigenen Vorräten hält, § 5 Abs. 1 Satz 1 DepotG.

Eine Besonderheit der industriellen Lohnfertigung gegenüber dem Lagergeschäft besteht darin, daß die einzelnen Sammelbestände (Goldsammelbestand, Silbersammelbestand usw.) nicht getrennt voneinander gehalten werden können. Der Wertpapiersammelverwahrer dagegen darf nur Wertpapiere der gleichen Art miteinander vermischen, der Lagerhalter nur vertretbare Sachen gleicher Art und Güte oder Sachen, für die Handelsklassen gesetzlich eingeführt sind, §§ 5 DepotG, 419 HGB, 28 LgschVO. Aber dies ist kein grundsätzliches Hindernis.

Auch bei der Wertpapiersammelverwahrung ist theoretisch eine weitergehende Vermischung möglich. Wenn z. B. AEG-Aktien mit Siemens-Aktien vermischt werden, so lassen sich die AEG-Aktien von den Siemens-Aktien ohne weiteres wieder trennen; untrennbar vermischt sind lediglich die AEG-Aktien unter sich und die Siemens-Aktien unter sich. Es ist also durchaus möglich, von zwei Sammelbeständen zu sprechen, auch wenn die beiden Sammelbestände körperlich nicht voneinander getrennt gehalten werden.

Daß § 5 Abs. 1 Satz 1 DepotG dem Verwahrer nicht die generelle Vermischung, sondern nur die Vermischung mit Wertpapieren derselben Art gestattet, erklärt sich daraus, daß die Trennung der Aktien verschiedener Unternehmen die Gefahr einer Verwechslung der Stücke herabsetzt, einen schnelleren Überblick gewährt und die Sicherheit des Hinterlegers erhöht. Ein Bedürfnis für die Gestattung genereller Vermischung besteht bei der Wertpapiersammelverwahrung nicht.

Bei industrieller Lohnfertigung dagegen ist die weitergehende Vermischung wesensnotwendig und für die rationelle Durchführung der Geschäfte erforderlich. Sie beeinträchtigt die Bestimmbarkeit der zu den Sammelbeständen gehörenden Einzelsachen ebensowenig, wie die Vermischung von AEG- und Siemens-Aktien die Bestimmbarkeit der Wertpapier-Sammelbestände beeinträchtigen würde. Wie schon eingangs dargelegt, können Bunt- und Edelmetalle, gleichgültig, mit welchen anderen Stoffen sie ver-

¹⁶⁾ Nipperdey in Staud. Anm. 19 zu § 700 BGB.

¹⁷⁾ Opitz Anm. 7 zu § 5 DepotG; Nipperdey a. a. O.

mischt, verbunden oder legiert sind, jederzeit von den anderen Stoffen getrennt und in vollem Umfang zurückgewonnen werden. Verschiedenartige Metalle sind daher im gleichen Maße unterscheidbar wie Aktien verschiedener Unternehmen. Infolgedessen ist die einzelne zum Sammelbestand gehörende Sache, unabhängig davon, auf welcher Bearbeitungsstufe sie sich befindet, in jedem Augenblick voll bestimmbar. Die Bestimmtheit der (bruchteilmäßigen) Übereignung aller zum Sammelbestand gehörenden Sachen ist daher gegeben.

Ein konkretes Besitzmittlungsverhältnis (§§ 930, 868 BGB) liegt darin, daß die Sachen, die in den Sammelbestand gelangen, dem Unternehmer von den Kunden zur Verwahrung und Umarbeitung anvertraut worden sind.

Als Zeitpunkt für die Entstehung des Miteigentumsrechts kann sowohl der Zeitpunkt der Einlieferung (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 DepotG) als auch der Zeitpunkt der Einlagerung (vgl. § 30 Abs. 2 LgschVO) oder der Zeitpunkt der untrennbaren Vermischung vereinbart werden. Denn jeder dieser Zeitpunkte ist deutlich aus dem Gesamtgeschehen herausgehoben. Der Sammelbestand — und damit der Bruchteil der Beteiligung — ist in jedem dieser Augenblicke eindeutig bestimmbar.

Eine vertragliche Vereinbarung der Miteigentumsgemeinschaft führt daher zu folgendem Ergebnis: Am Sammelbestand z. B. für Gold — genauer: an jeder der zu diesem Sammelbestand gehörenden Sachen — ist der einzelne Kunde zu einem Bruchteil beteiligt, der im Zähler von der eingelieferten Goldmenge, im Nenner von der Gesamtmenge des zum Sammelbestand gehörenden Goldes gebildet wird. Da die Gesamtgoldmenge infolge von Zu- und Abgängen täglich, stündlich, u. U. von Minute zu Minute schwankt, ist auch der Bruch keine feststehende Zahl, sondern verändert sich laufend im Nenner. Doch bleibt die Goldmenge, die diesem Bruch entspricht, in jedem Augenblick gleich.

Wenn der Posten eines Kunden z. B. 2 Gramm Gold enthalten hat (was sich aus der Abrechnung über die Gewichtsgutschriften entnehmen läßt) und die zum Sammelbestand gehörende Goldmenge 30 kg beträgt, ist der Kunde am Goldsammelbestand zu $\frac{2}{30\,000}$ beteiligt. Nach 24 Stunden soll der Sammelbestand auf 30,08 kg angewachsen sein. In diesem Augenblick ist der Kunde zu $\frac{2}{30\,080}$ am Sammelbestand beteiligt, also zu einem geringeren Bruchteil der jetzt größeren Menge. Der mengenmäßige Gesamtwert seiner Miteigentumsanteile am Goldsammelbestand beläuft sich nach wie vor auf 2 Gramm Gold.

Fraglich ist, ob der Unternehmer diese Miteigentumsanteile durch seine Verfügungen vernichtet, wenn er Produkte¹⁸⁾ an Kunden ausliefert. Bei Vorliegen einer Miteigentumsgemeinschaft in Form der Sammelverwahrung kann vereinbart werden, daß die Kunden dem Unternehmer (oder dem,

¹⁸⁾ aus dem Sammelbestand (z. B. Feinmetallprodukte)

den es angeht) Miteigentumsanteile in entsprechender Höhe übertragen, wenn ihnen Produkte ausgeliefert werden. Der Unternehmer erwirbt dann diese Miteigentumsanteile für die Gesamtheit der verbleibenden Teilhaber am Sammelbestand durch Vertretung oder Geschäft für den, den es angeht.

Das gleiche gilt, wenn der Unternehmer Produkte nach ihrer Fertigstellung aus dem Sammelbestand in sein Alleineigentum überführt. Als Gegenleistung muß er dabei in entsprechender Höhe Miteigentumsanteile an den übrigen Sachen des Sammelbestands aufgeben¹⁹⁾. Die aufgegebenen Miteigentumsanteile erwirbt er durch Insichgeschäft (§ 181 BGB) für die verbleibenden Teilhaber am Sammelbestand. Die Kunden müßten ihm das Selbstkontrahieren allerdings vertraglich gestatten.

Daß die Annahme einer Vertretung oder eines Geschäfts für den, den es angeht, hier wie im Goldschmiedfall möglich ist, ergibt sich daraus, daß ein einheitlicher Sammelbestand vorhanden ist. Es handelt sich nicht mehr um tausende von inkongruenten, sich teilweise überlagernden Miteigentumsgemeinschaften, an denen jeweils verschiedene Kunden beteiligt sind. Die Miteigentumsgemeinschaft an jeder zum Sammelbestand gehörenden Sache umfaßt vielmehr alle Kunden. Daher sind die Verhältnisse zwar größer, aber genauso überschaubar wie im Goldschmiedfall.

Durch das Ausscheiden anderer Kunden oder Entnahmen des Unternehmers wird die Mitberechtigung eines Kunden am Sammelbestand also nicht beeinträchtigt. Die Miteigentumsberechtigung ist von zeitlicher Dauer.

Sinnvoll ist eine Vereinbarung von Miteigentum in Form der Sammelverwahrung allerdings nur, wenn auch bei „Zukäufen auf Gewichtskonto“ und bei „Vollpreisgeschäften“ dem Kunden Miteigentumsrechte eingeräumt werden. Diese Notwendigkeit ergibt sich jedenfalls dann, wenn Lieferansprüche aus derartigen Geschäften auf ein und demselben Gewichtskonto wie die Ansprüche aus Umarbeitungsgeschäften verbucht und mit den Gewichtsbelastungen für Auslieferungen saldiert werden. In diesem Fall läßt sich nicht feststellen, ob die Auslieferung eines Produkts Miteigentumsanteile des Kunden aus Umarbeitungsvertrag oder Lieferansprüche aus Kaufvertrag oder Einkaufskommission vermindert hat.

Will man also die Gewichtsbuchhaltung nicht aufteilen 1. in Gewichtskonten für Umarbeitungsgeschäfte und 2. in Gewichtskonten für Lieferansprüche aus „Zukäufen auf Gewichtskonto“ und aus „Vollpreisgeschäften“, so ist erforderlich, daß der Unternehmer seinen Kunden auch in Höhe dieser Lieferansprüche Miteigentum am Sammelbestand einräumt. Dies kann wie bei der Einräumung von Miteigentum im Rahmen von Umarbeitungsgeschäften nach §§ 929 Satz 1, 930 BGB geschehen. Das konkrete Besitzmittlungsverhältnis (§ 868 BGB) wird durch das Sammelverwahrungsverhältnis begründet.

¹⁹⁾ Dadurch sinkt seine Beteiligung am Sammelbestand.

II. Verteilung der Gefahr eines zufälligen Verlustes am Sammelbestand

Für die Verteilung der Gefahr ist zu prüfen, inwieweit die Regelungen des § 7 Abs. 2 DepotG und des § 19 LgSchVO im vorliegenden Fall verwertbar sind. Nach diesen Vorschriften liegt die Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung des Sammelbestands bei den Teilhabern in ihrer Gesamtheit.

Der Sammelverwahrer kann z. B. nach § 7 Abs. 2 DepotG die Auslieferung verweigern, soweit sich durch einen Verlust am Sammelbestand, den der Verwahrer nicht zu vertreten hat, die dem Hinterleger „nach § 6 gebührende“ Menge verringert hat. Durch diese Bestimmung wird der obligatorische Lieferanspruch des Kunden (§ 7 Abs. 1 DepotG) in Abhängigkeit von dem Bestand der Miteigentumsrechte am Sammelbestand gesetzt. Durch die teilakzessorische Koppelung ist der Lieferanspruch gegen den Verwahrer nach Art einer beschränkten Gattungsschuld auf Leistung aus dem Sammelbestand beschränkt.

Diese Lösung ist allerdings nur möglich, wenn gewährleistet ist, daß der Sammelbestand nicht schon im Augenblick des Vertragsschlusses unter der Summe aller Einlegeransprüche liegt. Dem Verwahrer ist daher versagt, Auslieferungen aus dem Sammelbestand an Nichthinterleger vorzunehmen, § 6 Abs. 2 DepotG.

Doch ist der Verzicht auf Auslieferungen an Nichthinterleger nicht das einzige Mittel, um eine ausreichende Bestandsdecke zu gewährleisten. Der Unternehmer kann dem Kunden — wie bereits bei Beschränkung der Gattungsschuld²⁰⁾ erörtert — eine „Garantieerklärung“ abgeben, daß der Sammelbestand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht unter der Summe aller Gewichtsguthaben liege. Gibt der Unternehmer eine solche Garantieerklärung nicht ab, so ist eine Koppelung der obligatorischen Lieferpflicht an den Bestand der dinglichen Rechte zwar möglich, die Koppelung ist aber nach dem ganzen Sinn des Vertrages nur wirksam, wenn der Sammelbestand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich nicht unter der Summe aller Gewichtsguthaben liegt²¹⁾. Liegt der Sammelbestand darunter, so ist die Koppelung eine fehlgegangene Vertragsklausel ohne rechtliche Wirkung²²⁾, das Umarbeitungsgeschäft bleibt ein (unregelmäßiger) Werklieferungsvertrag (§§ 651, 515 BGB).

Liegt der Sammelbestand dagegen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf der Höhe aller Gewichtsguthaben, so zerfällt das Umarbeitungsgeschäft in einen auf Umarbeitung gerichteten Werkvertrag und in einen Sammelverwahrungsvertrag. Aus dem Werkvertrag obliegt dem Unternehmer die

²⁰⁾ vgl. C VII der Arbeit.

²¹⁾ vgl. C VII der Arbeit.

²²⁾ vgl. C VII der Arbeit.

Verpflichtung zur Herstellung des gewünschten Produkts und dem Kunden die Verpflichtung zur Zahlung des Umarbeitungslohnes. Die Übereignungsvorgänge erklären sich aus dem Sammelverwahrungsvertrag. Ein späteres Absinken des Sammelbestands unter die Summe der Gewichtsguthaben ändert den Charakter der Verträge nicht mehr, da der Unternehmer aus dem Sammelverwahrungsvertrag verpflichtet bleibt, wenn er die Verringerung des Sammelbestands zu vertreten hat. Hat er die Verringerung nicht zu vertreten, so tragen, wenn eine akzessorische Koppelung vereinbart ist, alle Teilhaber den Verlust gemeinsam.

Fraglich ist allerdings, wie sich die akzessorische Koppelung bei Auslieferung von Produkten, die aus mehreren Stoffen bestehen, auswirkt. Die „mehrstoffigen“ Halbzeuge und Fertigprodukte gehören nicht zum Sammelbestand, sondern stehen im Eigentum des Unternehmers²³⁾. Der Unternehmer überträgt das Eigentum an diesen Produkten bei der Auslieferung aus eigenem Recht auf den Kunden. Die vom Kunden eingehenden Miteigentumsanteile gehen nicht auf die Gemeinschaft der am Sammelbestand beteiligten Personen, sondern auf den Unternehmer selbst über²⁴⁾. Ist der Sammelbestand unter die Summe der Gewichtsguthaben gesunken, so erbringt der Kunde dem Unternehmer nicht mehr die volle Gegenleistung, wenn er nur seine Berechtigung am Sammelbestand in formal entsprechender Höhe überträgt. Denn das Bündel der Miteigentumsrechte, das durch eine Belastung des Kundengewichtskontos verkörpert wird, entspricht in seinem mengenmäßigen Gesamtwert nicht mehr der Buchung auf dem Gewichtskonto. Der Kunde muß also den fehlenden Rest, sofern der Unternehmer den Verlust am Sammelbestand nicht zu vertreten hat, in natura oder durch weitere Belastung seines Gewichtskontos zur Verfügung stellen, § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Wenn der Sammelbestand vollständig verlorengegangen ist, verkörpert das Gewichtsguthaben überhaupt keine dinglichen Rechte mehr. Der Kunde muß, sofern der Unternehmer den Verlust nicht zu vertreten hat, das gesamte Material erneut stellen, soweit er Produkte begehrt. Daher wirkt eine akzessorische Koppelung auch bei der Auslieferung von Produkten, die aus mehreren Stoffen bestehen. Die Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung des Sammelbestands liegt also in jedem Fall bei der Gemeinschaft der am Sammelbestand beteiligten Personen, d. h. in erster Linie bei den Kunden, — beim Unternehmer nur insoweit, als er am Sammelbestand selbst beteiligt ist.

²³⁾ vgl. F I a der Arbeit.

²⁴⁾ Dadurch wird die Beteiligung des Unternehmers am Sammelbestand, die sich durch das Ausscheiden der Produkte aus dem Sammelbestand bei Abschluß der Bearbeitung verringert hatte, wieder aufgefüllt. Bei der Auslieferung eines Produkts aus mehreren Stoffen muß also das Kundengewichtskonto belastet und das Konto „Beteiligung des Unternehmers am Sammelbestand“ erkannt werden.

Der Kunde befindet sich also wirtschaftlich und rechtlich in einer ähnlichen Lage wie im Goldschmiedfall, wenn der Goldschmied das gelieferte Material während der Bearbeitung auswechselt und das neue Material „tauschweise“ durch Besitzkonstitut in das Eigentum des Bestellers überführt²⁵⁾. An die Stelle der „tauschweisen Überführung“ einer individuellen Sache gegen eine andere individuelle Sache tritt lediglich der Sammelverwahrungsvertrag. Mit ihm kann daher auf industrieller Ebene das gleiche erreicht werden, was Oertmann mit seinem Vorschlag für den Goldschmiedfall erreicht: 1. die Zurückführung der Umarbeitungsgeschäfte auf ihren eigentlichen wirtschaftlichen Kern, den Werkvertrag, 2. die dingliche Sicherung des Kunden, 3. eine gerechte Verteilung der Gefahr.

Der Versuch, einen bestimmten Vertragstext zu formulieren, soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht unternommen werden, da hierbei die besonderen Verhältnisse des einzelnen Unternehmens berücksichtigt werden müßten.

²⁵⁾ vgl. Oertmann Anm. 2 c zu § 651 BGB, besprochen in C I der Arbeit.

G. Steuerrechtliche Problematik

Da die vorliegende Arbeit in erster Linie zivilrechtlichen Fragen gewidmet ist, soll die steuerrechtliche Problematik der Umarbeitungsgeschäfte nur kurz gestreift werden. Ganz außerhalb der Betrachtung bleiben kann sie nicht, da sich aus einer Vereinbarung von Miteigentum steuerrechtliche Folgen ergeben können.

I. Umsatzsteuer ¹⁾

Umsatzsteuerpflichtig sind die Lieferungen und sonstigen Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt, § 1 Ziff. 1 UStG. Lieferungen sind Leistungen, durch die der Unternehmer den Abnehmer oder in dessen Auftrag einen Dritten befähigt, im eigenen Namen über einen Gegenstand zu verfügen, § 3 Abs. 1 UStG. Hat ein Unternehmer die Bearbeitung eines Gegenstandes übernommen und verwendet er hierbei Stoffe, die er selbst beschafft, so ist die Leistung als Lieferung anzusehen (Werklieferung), wenn es sich bei den Stoffen nicht nur um Zutaten oder sonstige Nebensachen handelt, § 3 Abs. 2 Satz 1 UStG.

Wenn der Kunde dem Unternehmer das gesamte für die Herstellung erforderliche Material stellt, erbringt der Unternehmer nur eine Arbeitsleistung und nur diese unterliegt der Umsatzsteuer, § 7 UStDB. Ebenso wird nur die Arbeitsleistung versteuert, wenn der Unternehmer nicht das eingelieferte, sondern gleichartiges anderes Material für die Ausführung des Auftrages verwendet, aber das Entgelt für seine Leistung nach Art eines Werklohnes unabhängig vom Unterschied zwischen dem Marktpreis des empfangenen Stoffes und dem des überlassenen Gegenstandes berechnet, § 8 UStDB.

Fraglich ist, wie die Lage steuerlich zu beurteilen ist, wenn der Kunde nicht das gesamte für die Herstellung erforderliche Material, sondern nur einen Teil desselben stellt. Man spricht dann von sogenannter Materialbeistellung ²⁾.

Keine Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Kunde auf der Wahrung der Materialidentität besteht. Soll der Unternehmer das beigestellte Ma-

¹⁾ Die umsatzsteuerrechtliche Problematik würde durch Einführung der Mehrwertsteuer beseitigt werden.

²⁾ Herting BB 1961, 784 ff.

terial für die Durchführung des Auftrages verwenden, so ist ihm keinerlei Verfügungsmacht über das Material eingeräumt³⁾). Weder in der Hingabe noch in der Rückgabe des beigestellten Materials ist daher eine umsatzsteuerpflichtige Lieferung zu erblicken⁴⁾). Das beigestellte Material scheidet aus dem Leistungsaustausch aus. Zu versteuern ist lediglich die Vergütung, die der Unternehmer für seine Arbeitsleistung und für die Beschaffung des restlichen Materials erhält.

Fraglich und umstritten ist dagegen, ob der Wert des beigestellten Materials umsatzsteuerlich außer Betracht zu lassen ist, wenn der Kunde auf die Wahrung der Materialidentität verzichtet. Schettler⁵⁾ hebt in einem solchen Fall darauf ab, ob der Unternehmer einen Gesamtpreis berechnet und von diesem Preis den Wert des eingelieferten Materials abzieht. Bei einer Gesamtpreisberechnung bleibe nach Abzug des eingelieferten Materials etwas anderes als ein Werklohn übrig. (Dies gelte nicht nur für die Materialbeistellung, sondern auch, wenn der Kunde das gesamte Material gestellt habe.) Nur wenn der Unternehmer bei der Berechnung seines Entgeltes den Wert des eingelieferten Materials außer Ansatz lasse und von vornherein einen niedrigeren Preis berechne oder den Wert des beigestellten Materials zusammen mit dem Wert des von ihm selbst gelieferten Materials lediglich rechnerisch als Grundlage für seine Zuschläge verwende, erbringe er hinsichtlich des beigestellten Materials eine Arbeitsleistung.

Der Ansicht Schettlers kann nicht in vollem Umfang gefolgt werden. Nicht die Frage, ob ein Gesamtpreis berechnet wird, ist entscheidend, sondern allein die Frage, ob der Unternehmer das gestellte oder beigestellte Material nach einer festen Bewertung bei Ein- und Auslieferung ansetzt, ohne sich an den schwankenden Marktpreisen für dieses Material zu orientieren. Wenn der Kunde das gesamte erforderliche Material stellt und der Unternehmer einen Gesamtpreis berechnet, von dem er den Wert des gestellten Materials nach einer festen Bewertung absetzt, dann entspricht die Differenz dem Wert, den der Unternehmer dem Material durch seine Bearbeitung hinzugefügt hat. Die Vergütung ist dann ein reines Entgelt für seine Arbeitsleistung⁶⁾).

Etwas anderes gilt nur, wenn der Unternehmer das ein- und rückgelieferte Material nach dem jeweiligen Marktpreis bewertet. Dann nämlich enthält der Umarbeitungslohn nicht nur eine Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Unternehmers. Er enthält auch die Gegenleistung dafür, daß der Unternehmer dem Kunden Material ausliefert, für dessen Beschaffung der Unternehmer Risiken und Mühen übernimmt. Im Fall einer schwankenden Bewertung der Materialein- und -auslieferungen muß der Wert

³⁾ so auch mit zutreffender Begründung gegen Spital-Frenking (UStR 1958, 123) Plückebaum-Malitzky Randzahl 1188 a.

⁴⁾ Prugger StuW 1954, Sp. 415 ff.

⁵⁾ Schettler DStZ (A) 1952, 196 ff.

⁶⁾ BFH BStBl. 1952 III, 97 f.; BStBl. 1957 III, 331.

des Materials daher für die Berechnung der Umsatzsteuer berücksichtigt werden.

Zwischen Materialgestaltung und Materialbeistellung liegt im Hinblick auf die Bearbeitung des eingelieferten Materials kein Unterschied vor. Die Leistung des Unternehmers setzt sich also, wenn das beigestellte Material in der Entgeltberechnung nicht berücksichtigt oder wenn es mit festen Werten angesetzt wird, nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise aus einer Werkleistung hinsichtlich des beigestellten Materials und aus einer Werklieferung hinsichtlich des vom Unternehmer selbst beschafften Materials zusammen.

Erstaunlicherweise ist nun ein heftiger Streit darüber entstanden, ob man die wirtschaftliche Betrachtungsweise auf den Fall der Materialbeistellung, die mit einem Verlust der Materialidentität verbunden ist, anwenden kann. Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zeigt in dieser Frage einen deutlichen Wandel von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu einer mehr bürgerlichrechtlichen Beurteilung. Zunächst hatte der Bundesfinanzhof, wenn es sich um vertretbare, jederzeit austauschfähige Stoffe handelte, eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise angewendet und die Wahrung der Materialidentität nicht für erforderlich gehalten⁷⁾. Aber schon im Magnesitbrocken-Urteil⁸⁾ und ganz deutlich im Schafwoll-Urteil⁹⁾ verlangte der Bundesfinanzhof die Wahrung der Materialidentität. Er führte aus, eine echte Materialbeistellung liege nur vor, wenn der beigestellte Stoff auch tatsächlich bei der Herstellung des Gegenstandes verwendet und nicht gegen einen gleichen oder ähnlichen Stoff ausgetauscht werde¹⁰⁾.

In den beiden letzten Urteilen versucht der Bundesfinanzhof den Konsequenzen des vorangegangenen Kabel-Urteils dadurch zu entgehen, daß er das Kabel-Urteil als einen Fall vollständiger Materialgestaltung (§ 8 UStDB) interpretiert¹¹⁾. Wenn diese Auslegung richtig wäre, hätte der Bundesfinanzhof aber die Frage der Materialidentität im Kabel-Urteil durch eine direkte Anwendung des § 8 UStDB lösen müssen. Der Bundesfinanzhof hat im Kabel-Urteil hingegen ausdrücklich betont, daß sich die Umsatzsteuerfreiheit für das eingelieferte Material aus „dem Sinn und der Entstehungsgeschichte“ des § 8 UStDB ergebe. Er hat daher den § 8 UStDB nicht direkt angewendet. Offensichtlich war der Bundesfinanzhof der Meinung, daß nicht eine vollständige Materialgestaltung, sondern nur eine Materialbeistellung vorgelegen habe.

7) BFH BStBl. 1953 III, 347 (Kabel-Urteil).

8) BFH BStBl. 1957 III, 92.

9) BFH v. 25. 8. 1960 Mrozek-Kartei Nr. 145 zu § 1 Ziff. 1 UStG.

10) so auch Prugger StuW 1954, Sp. 419.

11) so auch Plückebaum-Malitzky Randzahl 1213; OFD Köln in Juretzek Anm. 9 zu § 3 Abs. 2 UStG.

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob man das Magnesitbrocken-Urteil für die Begründung der Forderung nach Wahrung der Materialidentität heranziehen darf. Im Kabel-Urteil war der Unternehmer verpflichtet, dem Kunden eine entsprechende Menge gleichartigen Materials im Erzeugnis zurückzuliefern. Im Magnesitbrocken-Urteil dagegen lieferten die Kunden (die 5 Zementwerke) die Magnesitbrocken in der Weise an den Unternehmer (die Arbeitsgemeinschaft), daß eine Verpflichtung zur Rücklieferung des eingelieferten Materials oder gleichartigen Materials in fertigen Erzeugnissen (Magnesitsteinen) nicht bestand. Das Altmaterial wurde daher zum Ankauf und nicht zur Umarbeitung hingegeben. Den Kunden stand nur ein Zahlungsanspruch gegen den Unternehmer zu. Wenn die Kunden Magnesitsteine benötigten, traten sie an die Arbeitsgemeinschaft heran und kauften die Steine unter Verrechnung der ihnen erteilten Geldgutschrift. Umarbeitungsgeschäfte lagen demnach überhaupt nicht vor. Das Magnesitbrocken-Urteil ist somit nicht einschlägig und kann zur Begründung der Forderung nach Materialidentität nicht herangezogen werden.

Für die Entscheidung der Frage, ob die wirtschaftliche Betrachtungsweise auf den Fall der Materialbeistellung anwendbar ist, muß man von den §§ 3 Abs. 1 UStG, 2 Abs. 1 und 2 UStDB ausgehen. Danach kommt es darauf an, ob der Abnehmer dem Unternehmer die Verfügungsmacht über das eingelieferte Material verschafft.

Nach bürgerlichrechtlicher Betrachtungsweise verschafft der Kunde dem Unternehmer die Verfügungsmacht, wenn er ihm gestattet, statt des eingelieferten Materials gleichartiges anderes zu verwenden. Die bürgerlichrechtliche Verfügungsmacht bezieht sich auf körperliche Gegenstände, also auf das konkrete eingelieferte Material. Mit diesem Material kann der Unternehmer machen, was er will ¹²⁾.

Wenn man also mit der bürgerlichrechtlichen Betrachtungsweise Ernst macht, erbringt der Kunde in der Hingabe des Materials eine Lieferung. Der Kunde müßte, sofern er selbst Unternehmer ist, für die Einlieferung des Materials Umsatzsteuer bezahlen ¹³⁾. Dieses überraschende und vom Gesetzgeber wohl keineswegs beabsichtigte Ergebnis zeigt, daß sich die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes schwerlich wird halten lassen. Die bürgerlichrechtliche Betrachtungsweise ist daher auf den Fall der Materialbeistellung nicht anwendbar.

Wirtschaftlich gesehen ist der Unternehmer in der Verwendung des eingelieferten Materials nicht frei. Es ist ihm nur erlaubt, das eingelieferte Material körperlich auszutauschen, nicht aber, den Kunden in Geld abzufinden. Wenn er das Material nicht für die Durchführung des betreffenden Auftrages verwenden will, muß er sich anderweitig das erforderliche Material beschaffen. Aus dem Werklieferungsvertrag steht dem Kunden

¹²⁾ vgl. C I der Arbeit.

¹³⁾ so auch Herting BB 1961, 784.

der Anspruch auf Herausgabe der gutgeschriebenen Materialmenge zu. Über diesen Anspruch kann der Unternehmer nicht verfügen. Will der Unternehmer von seiner Lieferverpflichtung freikommen und den Kunden in Geld abfinden, dann bedarf es dazu einer erneuten Einigung. Der Unternehmer kann also über das eingelieferte Material wirtschaftlich keineswegs disponieren, wie er will¹⁴⁾. Daher bleibt das Material wirtschaftlich in der Verfügungsmacht des Kunden, auch wenn es — bürgerlichrechtlich — in die Verfügungsmacht des Unternehmers übergeht¹⁵⁾.

§ 8 UStDB ist infolgedessen seinem Sinn und seiner Bedeutung nach auf die Materialbeistellung, die mit einem Verlust der Materialidentität verbunden ist, anzuwenden¹⁶⁾. Der Wert der hingegebenen und der Wert der entsprechenden Menge zurückgelieferten gleichartigen Materials sind umsatzsteuerrechtlich außer Ansatz zu lassen¹⁷⁾.

Bei Vereinbarung von Miteigentum in Form der Sammelverwahrung führt bereits die bürgerlichrechtliche Betrachtungsweise zum gleichen Ergebnis. In diesem Fall nämlich verbleibt die materielle Verfügungsmacht über das eingelieferte Material auch nach bürgerlichrechtlicher Betrachtungsweise beim Kunden. Zwar räumt der Kunde dem Unternehmer die Verfügungsmacht nach § 185 Abs. 1 BGB ein, aber dabei handelt es sich nur um die Einräumung einer formalen technischen Verfügungsmacht, die der des Sammelverwahrers (-lagerhalters) ähnelt.

II. Einkommensteuer

Die Wahrung der Materialidentität spielt auch in einkommensteuerrechtlicher Hinsicht eine Rolle. Die Einkommen- oder Körperschaftssteuer bemißt sich nach der Höhe des Gewinns. Die Höhe des Gewinns ist weitgehend davon abhängig, wie verschiedene Güter des Anlage- und des Umlaufvermögens in der Steuerbilanz bewertet werden. Wertpapiere z. B., die nicht nur zu vorübergehenden Zwecken, sondern als Beteiligungen auf Dauer gehalten werden, können jahrelang zu ihrem Anschaffungswert in der Bilanz eingesetzt werden. Dies gilt auch dann, wenn sich ihr Börsenwert inzwischen beträchtlich erhöht hat, § 6 Abs. 1 Ziff. 2 EStG. Eine Gewinnrealisierung tritt erst dann ein, wenn die betreffenden Wertpapiere veräußert werden.

¹⁴⁾ so auch Herting BB 1961, 786; FG Düsseldorf Entscheidungen der Finanzgerichte 1963, 331 (Kokillen-Urteil); Grabower in Hübschmann Anm. 77 bb zu § 3 UStG.

¹⁵⁾ BFH BStBl. 1953 III, 347 (Kabel-Urteil).

¹⁶⁾ — wie der Bundesfinanzhof im Kabel-Urteil zutreffend entschieden hatte —.

¹⁷⁾ so auch Grabower in Hübschmann Anm. 77 bb, 78 zu § 3 UStG; Herting BB 1961, 784 ff; FG Düsseldorf Entscheidungen der Finanzgerichte 1963, 331 (Kokillen-Urteil).

Anders dagegen ist ein Wertpapierbestand zu bewerten, der zur Veräußerung bestimmt ist¹⁸⁾. Er muß zum Umlaufvermögen gerechnet werden. Hier aber hat die Rechtsprechung eine Zulässigkeit der Bildung von stillen Reserven weitgehend abgelehnt¹⁹⁾. Die Bestände vertretbarer Waren sind daher nicht nach dem sogenannten last in — first out — Verfahren zu bewerten. Nach diesem Prinzip gelten stets die neuesten Waren als verkauft, so daß der Vorrat immer zum gleichen Wert, nämlich zum Anschaffungswert der zuerst gekauften Waren angesetzt werden kann. Vielmehr ist der Warenvorrat nach den Preisen der zuletzt gekauften Waren zu bewerten, soweit die letzte Anschaffung mengenmäßig dem Bestand entspricht, der im Bewertungszeitpunkt vorhanden ist²⁰⁾. Wenn mehr Waren vorhanden sind, sind die Preise der vorangegangenen Anschaffungen zugrunde zu legen²¹⁾.

Es ist daher fraglich, ob ein NE-Metallhalbzeugwerk den Teil seines Metallvorrats, der als Umlaufmetallstock²²⁾ bezeichnet wird, trotz Steigens der Metallpreise zum gleichen Wert in der Schlußbilanz ansetzen darf, mit dem es den entsprechenden Bestand am Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahres angesetzt hatte. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, ob der sogenannte Umlaufstock zum Anlageoder zum Umlaufvermögen zu rechnen ist. Wenn ein Walzwerk z. B. 1000 kg Kupferbleche herstellen will, so benötigt es dazu eine größere Menge als 1000 kg Kupfer. Bei der Verarbeitung entstehen Abfälle, die später wieder in den Fertigungsprozeß zurücklaufen, vorerst aber zugesetzt werden müssen, um die Produktion überhaupt in Gang zu bringen. Die dafür benötigten Mehrbestände nennt man Umlaufmetallstock.

Ist der Umlaufmetallstock wie ein Produktionsmittel zum Anlagevermögen zu rechnen, so ist eine Festbewertung über Jahre hinaus trotz steigender Metallpreise möglich und damit die Bildung stiller Reserven zulässig. Gehört er dagegen zum Umlaufvermögen, so ist er nach den allgemeinen Grundsätzen der Vorratsbewertung zu bewerten; eine Bildung stiller Reserven ist ausgeschlossen.

Der Streitfrage ist durch die Schaffung des jetzigen § 74 EStDV ihre Schärfe genommen. Nach dieser Vorschrift ist es dem Unternehmer erlaubt, im Falle von Preissteigerungen eine den steuerlichen Gewinn mindernde Rücklage für die Preissteigerung zu bilden, so daß eine Besteuerung von Scheingewinnen ausgeschlossen ist. Dennoch hat die Frage dem Bundesfinanzhof zur Begutachtung²³⁾ vorgelegen.

¹⁸⁾ vgl. Nachweis der Rspr. zur Wertpapierbewertung BFH BStBl. 1952 III, 208 ff.

¹⁹⁾ vgl. Nachweis der Rspr. in BFH Gutachten BStBl. 1961 III, 35 f.

²⁰⁾ RFH RStBl. 1939, 26 f; BFH Gutachten BStBl. 1961 III, 36.

²¹⁾ RFH a. a. O.

²²⁾ BFH Gutachten BStBl. 1961 III, 32, 35.

²³⁾ BFH Gutachten BStBl. 1961 III, 31 ff; vgl. hierzu auch Hoffmann DSz (A) 1962, 106 ff.

Dabei hat der Bundesfinanzhof entschieden, daß der Umlaufmetallstock, soweit er für die Durchführung von Umarbeitungsgeschäften benötigt werde, als Produktionsmittel anzusehen und zum Anlagevermögen zu rechnen sei. Der Umlaufmetallstock sei in diesem Fall nicht zur Veräußerung bestimmt, da er als Dauerbestand im Betrieb verbleiben solle. Lediglich wenn der Unternehmer gewisse Mengen, die durch Abbrand, Oxydation und dergleichen unwiederbringlich verlorengegangen seien (Schwund), durch Zukauf ersetze und sich im Werklohn vergüten lasse, liege ein Anschaffungsgeschäft vor, das zu einer Gewinnrealisierung führe. Im übrigen aber sei der Umlaufmetallstock, soweit er sich auf die Umarbeitungsgeschäfte beziehe, nach dem Vorjahreswert in der Schlußbilanz anzusetzen.

Eine Festbewertung des Umlaufmetallstocks sei — führt der Bundesfinanzhof weiter aus — dagegen nicht möglich, soweit der Umlaufstock für die Abwicklung von Vollpreisgeschäften²⁴⁾ erforderlich sei. Bei Abwicklung von Vollpreisgeschäften stelle der Unternehmer das Produkt aus eigenen Vorräten her; er müsse deshalb Bestände besitzen, die über den Umlaufmetallstock hinausgingen. Dabei sei es unerheblich, ob sich der Unternehmer das Material im Wege des Deckungskaufs erst an dem Tage beschaffe, an dem der Auftrag eingehe oder sich schon vorher Metallvorräte zurechtgelegt habe. Von diesen Rohstoffen lasse sich nicht ein besonderer Teil als Produktionsmittel abgrenzen. Der Umlaufmetallstock für die Abwicklung von Vollpreisgeschäften liege daher zwar an der Grenze zwischen Umlauf- und Anlagevermögen, sei aber aus gewichtigen Gesichtspunkten dem Umlaufvermögen zuzurechnen.

Meiner Ansicht nach sind die Vollpreisgeschäfte wirtschaftlich gesehen Umarbeitungsgeschäfte, da der Unternehmer das erforderliche Material bei Auftragseingang durch Deckungskauf als Einkaufskommissionär für den Kunden beschafft²⁵⁾. Er nimmt die Bearbeitung daher an Material vor, das wirtschaftlich schon zum Vermögen des Kunden gehört. Daher ist der Umlaufstock, auch soweit er sich auf die Abwicklung von Vollpreisgeschäften bezieht, nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht zur Veräußerung bestimmt. Der gesamte Umlaufmetallstock ist infolgedessen dem Anlagevermögen zuzurechnen und in der Bilanz nach dem Vorjahreswert anzusetzen.

Dieses Ergebnis beruht auf wirtschaftlichen Überlegungen. Es läßt sich aber bei Vereinbarung von Miteigentum in Form der Sammelverwahrung auch bürgerlichrechtlich begründen. Wenn der Unternehmer dem Kunden das Metall, welches er durch Deckungskauf beschafft, zu Eigentum überträgt²⁶⁾, so gehört dieses Metall auch bürgerlichrechtlich nicht zu den

²⁴⁾ vgl. C III b 3 der Arbeit.

²⁵⁾ vgl. C III b 3 der Arbeit.

²⁶⁾ vgl. S. 86 der Arbeit.

eigenen Vorräten des Unternehmers, ist daher nicht zur Veräußerung bestimmt. Der Umlaufmetallstock ist demnach wie bei einem Unternehmen, das nur Umarbeitungsgeschäfte abwickelt, als Produktionsmittel anzusehen und zum Vorjahreswert anzusetzen.

Die Vereinbarung von Miteigentum in Form der Sammelverwahrung führt also, wenn der Bundesfinanzhof bei seiner Rechtsprechung bleibt, sowohl umsatzsteuerrechtlich als auch einkommensteuerrechtlich zu Steuerersparnissen.

Literaturverzeichnis

- Assfalg, „Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders“, Walter de Gruyter & Co., Berlin; J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1960.
- Assfalg, „Wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff“, NJW 1963, 1582 ff.
- Baumbach-Lauterbach, „Zivilprozeßordnung“, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 27. Auflage, 1963.
- Baur, „Lehrbuch des Sachenrechts“, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 2. Auflage, 1963.
- Biermann, „Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches“, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 3. Auflage, 1914.
- Boehmer, „Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung“, J. C. B. Mohr, (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Buch, 2. Abteilung, 1952.
- Brandt, „Eigentumserwerb und Austauschgeschäft. Der abstrakte dingliche Vertrag und das System des deutschen Umsatzrechts im Licht der Rechtswirklichkeit“, Verlag von Theodor Weicher, Leipzig, 1940.
- v. Caemmerer, „Wandlungen des Deliktsrechts“ in Festschrift zum hundert-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages „Hundert Jahre deutsches Rechtsleben“, Band II, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1960.
- Corpus Juris Civilis, Weidmann, Band I, Berlin, 1877.
- Crome, „System des Deutschen Bürgerlichen Rechts“, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Band II, Tübingen und Leipzig 1902, Band III, Tübingen, 1905.
- Degussa-Edelmetalle, herausgegeben von der Metallabteilung der Degussa (Deutsche Gold- und Silber-Scheideanstalt vormals Roessler), 1960.
- Düringer-Hachenburg, „Das Handelsgesetzbuch“, Band V, 2. Hälfte, J. Bensheimer, Mannheim, Berlin, Leipzig, 3. Auflage, 1932.
- Dulckeit, „Die Verdinglichung obligatorischer Rechte“, Recht und Staat, Heft 158, 159, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1951.
- Eck-Leonhard, „Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches“, Band I, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1. und 2. Auflage, 1903.
- Ehrenberg, „Handbuch des gesamten Handelsrechts“, Band IV, 2. Abteilung, O. R. Reisland, Leipzig, 1918.
- Emmerich, „Die Sanierung“ I. Teil, J. Bensheimer, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1930.
- Endemann, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts“, Band II, 1. Abteilung, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1905.
- Enneccerus, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts“, Band I, 2. Abteilung, N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun), Marburg, 7. Bearbeitung, 1920.
- Enneccerus-Lehmann, „Recht der Schuldverhältnisse“, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 14. Bearbeitung, 1954.
- Ermann, „Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, Münster (Westfalen), 1. Auflage, 1952; 2. Auflage, 1958; Band I, 3. Auflage, 1962.
- Esser, „Schuldrecht“, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 2. Auflage, 1960.

- Falck, „Das Geld und seine Sonderstellung im Sachenrecht“, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1960.
- Flume, „Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts“, NJW 1959, 913 ff.
- Friedländer, „Erwerb des Eigentums an Geld durch Vermengung nach BGB“, Seuff. Bl. Erg. Band 15, 385 ff.
- Friedmann, „Empfiehl sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?“, Gutachten zum 36. Deutschen Juristentag, Verhandlungen Band I, Lieferung 3, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1930.
- v. Gierke, Julius, „Handelsrecht und Schiffahrtsrecht“, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 8. Auflage, 1958.
- Goldberger, „Zur Lehre von der Vermengung des Geldes nach BGB“, Seuff. Bl. 72, 633 ff.
- Goldschmidt, „Empfiehl sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?“, Referat auf dem 36. Deutschen Juristentag, Verhandlungen Band II, S. 13, Walter de Gruyter & Co., Berlin, Leipzig, 1932.
- Gremmels, „Treuhand und mittelbare Stellvertretung. (Ist die mittelbare Stellvertretung eine Treugutsbegründungsmöglichkeit?)“, Dissertations-Verlag G. H. Nolte, Düsseldorf, 1936.
- Haemmerle, „Empfiehl sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?“, Gutachten zum 36. Deutschen Juristentag, Verhandlungen Band I, S. 632, Walter de Gruyter & Co., Berlin, Leipzig, 1931.
- Heck, „Grundriß des Sachenrechts“, Scientia Aalen, 1960 (Neudruck der Ausgabe Tübingen, J. C. B. Mohr 1930).
- Herting, „Materialbeistellung und Materialidentität“, BB 1961, 784 ff.
- Hoffmann, „Die Gewinnverwirklichung bei gewerblichen Betrieben in der neuesten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs“, Deutsche Steuer-Zeitung Ausgabe A 1962, 106 f.
- Hübschmann, „Kommentar zum Umsatzsteuergesetz“, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, Band I, 1955 / 1961.
- Isele, „Geldschuld und bargeldloser Zahlungsverkehr“ AcP 129, 129 ff.
- Jaeger, „Konkursordnung mit Einführungsgesetzen“, Band I, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 8. Auflage, 1958.
- Juretzek, „Kommentar zum Umsatzsteuergesetz“, Friedrich Kiehl GmbH Verlag, Ludwigshafen am Rhein, 1959.
- Kaser, „Das Geld im Sachenrecht“, AcP 143, 1 ff.
- Kronstein, „Besprechung der Sachenrechtslehrbücher von Wolff-Raiser und Westermann“, Ehe und Familie 1959, 171.
- Lange, „Zum System des deutschen Vermögensrechts. Zu einer Schrift von Franz Wieacker“, AcP 147, 290 ff.
- Larenz, „Lehrbuch des Schuldrechts“, Band I, II, C. A. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 5. Auflage, 1962.
- Lent-Schwab, „Sachenrecht“, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 9. Auflage, 1962.
- Mommson, „Beiträge zum Obligationenrecht“, 1. Abteilung, C. A. Schwetschke und Sohn, Braunschweig, 1853.
- Motive, „Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich“, Amtliche Ausgabe, Verlag von J. Guttentag, Berlin und Leipzig, Band II, 1888, Band III, 1896.

- Nussbaum, Arthur, „Die Rechtstatsachenforschung“, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1914.
- Oertmann, „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen — Recht der Schuldverhältnisse“, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 3. und 4. Auflage, 1910.
- Opitz, „Depotgesetz“, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 2. Auflage, 1955.
- Palandt, „Bürgerliches Gesetzbuch“, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 17. Auflage 1958, 22. Auflage, 1963.
- Paul, „Diskontierungsgeschäfte und Treuhand. Ein Beitrag zum Kreditsicherungsrecht“ in Frankfurter Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 4, H. L. Brönners Druckerei und Verlag (Inhaber F. W. Breidenstein), Frankfurt am Main, 1937.
- Paul, „Der industrielle Lohnfertigungsvertrag über geschützte Gegenstände“, NJW 1963, 2249 ff.
- Planck, „Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz“, Band II, J. Gutentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 3. Auflage, 1907.
- Planck, „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“, Band III, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 5. Auflage, 1933.
- Plückebaum-Malitzky, „Umsatzsteuergesetz“, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin-Köln, 8. Auflage, Band I, 1958.
- Prugger, „Die Materialbeistellung bei der Werklieferung und Werkleistung im Umsatzsteuerrecht“, StuW 1954, Sp. 415 ff.
- Radke, „Das Unmittelbarkeitsproblem bei der fiduziarischen Treuhand“, Buchdruckerei Friedrich Luyken GmbH, Gummersbach, 1933.
- Raiser, „Dingliche Anwartschaften“, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1. Auflage, 1961.
- Reichsgerichtsräte und Bundesrichter, „Das Bürgerliche Gesetzbuch“, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 11. Auflage, 1959, Band I, 1. und 2. Teil; Band II, 1. Teil; Band III, 1. Teil.
- Reichsgerichtsräte und Bundesrichter, „Kommentar zum Handelsgesetzbuch“, Band V, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 2. Auflage, 1960.
- Reinhardt, „Vom Wesen des Geldes und seiner Einfügung in die Güterordnung des Privatrechts“ in Festschrift für Gustav Boehmer, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1954, S. 60 ff.
- Reinhardt-Erlinghagen, „Die rechtsgeschäftliche Treuhand — ein Problem der Rechtsfortbildung“, JuS 1962, 41 ff.
- Riezler, „Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich“, in „Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches“, Band IV, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1900.
- Rosenberg, „Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts“, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 9. Auflage, 1961.
- Schettler, „Die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung der Beistellung“, DStZ (A) 1952, 196 ff.
- Schlegelberger, „Handelsgesetzbuch“, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M., Band IV, 3. Auflage, 1957.
- Schless, „Mittelbare Stellvertretung und Treuhand“ in Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 66, Verlag von Theodor Weicher in Leipzig, 1931.
- Schmitt, „Das Treuhandeigentum“, Pilger-Druckerei GmbH, Speyer am Rhein, 1940.

- Schüler, Korreferat zu „Die rechtsgeschäftliche Treuhand — ein Problem der Rechtsfortbildung“, JuS 1962, 50 ff.
- Schumacher, „Treuhand und Reichsgericht“, M. Scharnitzel, Köln, 1931.
- Siebert, „Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis“, N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, G. Braun, Marburg, 1933.
- Soergel-Siebert, „Bürgerliches Gesetzbuch“, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Band I, 9. Auflage, 1959; Band II, 9. Auflage, 1962; Band III, 8. Auflage, 1955; Band III, 9. Auflage, 1960.
- Spital-Frenking, „Zur Abgrenzung umsatzsteuerrechtlicher Verfügungsmacht“, UStR 1958, 123.
- Staudinger, „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz“, J. Schweitzer Verlag, Berlin, Band I, 11. Auflage, 1957; Band II, 1. Teil c, Lieferung 2, 10./11. Auflage, 1962; Band II, 2. Teil, 11. Auflage, 1955; Band II, 3. Teil, 10. Auflage, 1943; Band II, 3. Teil, 11. Auflage 1958; Band III, 1. Teil, 1956.
- Stier, „Das sogenannte wirtschaftliche und formaljuristische Eigentum, zugleich ein Beitrag zur Treuhand als Gesetzgebungsproblem“, Universitätsverlag von Robert Noske, Borna — Leipzig, Marburg, 1933.
- Teworte, „Neuere Wege zur Erfassung von Stoffbilanzen in einem NE-Metallbetrieb, erläutert an Beispielen der Duisburger Kupferhütte“, Zeitschrift für Erzbergbau und Metallhüttenwesen (Erzmetall) 1953, 161 ff, Herausgeber der Zeitschrift: Gesellschaft Deutscher Metallhütten und Bergleute e. V., Dr. Riederer Verlag, Stuttgart.
- Westermann, „Sachenrecht“, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 4. Auflage, 1960.
- Wieacker, „Zum System des deutschen Vermögensrechts“ Leipziger Studien, Heft 126, 1 ff.
- Wieacker, „Bodenrecht“, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1938.
- Windscheid-Kipp, „Lehrbuch des Pandektenrechts“, Band I, Band II, Rütten & Loening, 9. Auflage, 1906.
- Wolff, „Das Geld“ in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts Band IV, Abt. 1, S. 563 ff, O. R. Reiland, Leipzig, 1917.
- Wolff-Raiser, „Sachenrecht“, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 10. Bearbeitung, 1957.
- Zunft, „Der Eigentumserwerb des Erwerbers einer Eigentumsanwartschaft“, NJW 1956, 1420 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGB-RGRK	Reichsgerichtsrätekommmentar zum BGB
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
BStBl.	Bundessteuerblatt
bzw.	beziehungsweise
D	Digestorum
DepotG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. 2. 1937 (RGBl. I S. 171)
d. h.	das heißt
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitschrift
DStZ (A)	Deutsche Steuer-Zeitung (Ausgabe A)
En-Lehmann	Enneccerus-Lehmann „Schuldrecht“
Erg. Bd.	Ergänzungsband
Erzmetall	Zeitschrift für Erzbergbau und Metallhüttenwesen
EStDV	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung in der Fassung vom 30. 4. 1962 (BGBI. I S. 293)
EStG	Einkommensteuergesetz
ff	folgende
FG	Finanzgericht
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
HGB	Handelsgesetzbuch
HGB-RGRK	Reichsgerichtsrätekommmentar zum HGB
h. M.	herrschende Meinung
i. V. m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
JuS	Juristische Schulung
KO	Konkursordnung
Komm.	Kommentar
l	lex
LeipzStud	Leipziger rechtswissenschaftliche Studien
LgSchVO	Verordnung über Orderlagerscheine vom 16. 12. 1931 (RGBl. I S. 763)
loc	locati conducti
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

m. E.	meines Erachtens
Mot.	Motive zum BGB
Mrozek-Kartei	Steuerrechtsprechung in Karteiform, begonnen von Mrozek, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (Nachkriegsausgabe)
NE-Metalle	Nichteisenmetalle
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OFD	Oberfinanzdirektion
OLG	Oberlandesgericht
OLG-Rspr	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Entscheidungssammlung)
pr	principium
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsräte und Bundesrichter (Kommentar)
RGZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
RStBl.	Reichssteuerblatt
Seuff. Bl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
Staud.	Staudinger
StuW	Steuer und Wirtschaft
u. a.	unter anderem
UStDB	Durchführungsbestimmungen zum Umsatzsteuergesetz
UStG	Umsatzsteuergesetz
UStR	Umsatzsteuer-Richtlinien
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
WarnE	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15. 3. 1951 (BGBl. I S. 179)
Ziff.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil

Lebenslauf

Am 19. September 1935 wurde ich in Berlin als Sohn des Oberregierungsrates Dr. phil. Walter Ebel und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Kögel, geboren. Nach vierjähriger Volksschulzeit besuchte ich das humanistische Gymnasium der Francke'schen Stiftungen in Halle an der Saale und seit 1952 das Lessing-Gymnasium in Frankfurt am Main. Im Frühjahr 1954 legte ich am Lessing-Gymnasium die Reifeprüfung ab. Anschließend begann ich bei den Lurgi-Gesellschaften in Frankfurt am Main eine kaufmännische Lehre, die ich im Herbst 1956 mit der Kaufmannsgehilfenprüfung abschloß.

Von 1956 bis 1961 studierte ich an der Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main ein Semester Betriebswirtschaftslehre und acht Semester Rechtswissenschaft. Am 21. Dezember 1961 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Frankfurt am Main die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung ab.

Seit August 1962 bin ich Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Hessen und seit April 1964 wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für vergleichendes Privat- und Prozeßrecht der Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main.

